Die einstweiligen Verfügungen in ihrem Verhältnis zum Arrest.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Eichhorn

aus Kleinhaslach

Regierungspraktikant bei der K. Regierung von Oberbayern K. d. J.

in München.

ACAD. LUDWIGS BIBL.

Approbiert: 15. Februar 1909.

Erlangen.

K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1909.

174

Referent: Herr Professor Dr. P. Gertmann.

Meiner lieben Frau.

Inhalt.

		Seite
A.	§ 1. Einleitung	1—3
B.	Geschichte der einstweiligen Verfügungen und des Arrestes.	
	§ 2. Römisches Recht	3—14
	§ 3. Germanisches und italienisches Recht	15—21
	§ 4. Gemeines Recht	21—30
	§ 5. Die Partikulargesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts	31—36
	§ 6. Änderung des Rechtes der einstweiligen Verfügungen und des Arrestes durch die Reichsgesetzgebung des Jahres 1900	36—38
C.	Die einstweiligen Verfügungen und der Arrest der ZPO.	
	§ 7. Das zu sichernde Rechtsgut	38—52
	a) Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 und der Arrest	38—52
	b) Die einstweiligen Verfügungen nach § 940	52—58
	§ 8. Causa arresti	59—75
	a) Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 und der Arrest	61—69
	b) Die einstweiligen Verfügungen nach § 940	69—75
	§ 9. Zweck und Inhalt	75—79
	§ 10. Wesen und Wirkungen	79—87
	§ 11. Verfahren	87—91
	§ 12. Überblick	91—93

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0120

Literatur.

1. Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht. Leipzig 1856.
2. Keller, Der römische Zivilprozeß und die Aktionen. Leipzig 1876.
3. A. Gaill, De manuum injectione sive arrestis. Köln 1586.
4. Wach, Der italienische Arrestprozeß. Leipzig 1868.
5. Mevius, De Arrestis. Rostock 1646.
6. Bayer, Theorie der summarischen Prozesse. München 1841.
7. Strey, Die Lehre von den Arresten. Berlin 1859.
8. Schwartz, 400 Jahre deutscher Zivilprozeßgebung. Berlin 1898.
9. Merkel, Über Arrest und einstweilige Verfügungen. Halle 1880.
10. Peters, Der Arrest und die einstweiligen Verfügungen nach preußischem Recht. Berlin 1884.
11. Dorendorf, Arrest und einstweilige Verfügungen. Breslau 1884.
12. Werner, Das Recht des Arrestes im Zivilprozeß. Erlangen 1884.
13. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Prozeßrechtes. 1886.
14. Fitting, Der Reichszivilprozeß. 10. Auflage. 1900.
15. Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. Berlin 1900.
16. Schmid, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Auflage. 1906.
17. Endemann, Der deutsche Zivilprozeß. Berlin 1879.
18. Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 7. Auflage. 1895.
19. Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. 4. Auflage. 1900.
20. Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Auflage. 1901.
21. Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 5. Auflage. 1903/04.
22. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. Auflage. 1908.
23. Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8./9. Auflage. 1908.

24. Neumiller, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Auflage. 1907.
25. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 1903 06.
26. Wach, Der revidierte Entwurf der deutschen Zivilprozeßordnung in der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Brinz und Pözl. Bd. 15, S. 339 ff.

A. Einleitung.

§ 1.

Wenn auch das deutsche Zivilgerichtsverfahren gegenüber der Vergangenheit einerseits wesentlich an Schnelligkeit der Erledigung gewonnen hat, so ist doch andererseits, relativ betrachtet, trotz aller dahin gerichteten Bemühungen infolge der viel größeren Kompliziertheit der Lebensverhältnisse, die gerade in den letzten Jahrzehnten eine wesentliche Vermehrung und Erschwerung der Gerichtsbarkeit gebracht hat, speziell bei den Kollegialgerichten die Durchführung der Streitsachen oft langwierig.

Die in Aussicht stehende Zivilprozeßreform, deren Hauptprinzip die Beschleunigung der Entscheidung ist, wird durch Vereinfachung des Verfahrens und Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte zweifellos in dieser Hinsicht eine Verbesserung bringen.

Immerhin aber wird das Bedürfnis, dem Urteil mit staatlichen Zwangsmitteln vorzugreifen, weil die ordentliche Entscheidung wegen der für das beanspruchte oder verteidigte Rechtsgut bestehenden oder zu besorgenden Gefahr nicht abgewartet werden kann, unvermindert fortbestehen bleiben, denn die Rechtsverhältnisse nehmen dafür an Ausdehnung und Schwierigkeit noch immer zu, und je umfangreicher und undurchsichtiger der Zustand wird, um so notwendiger sind solche vor der Entscheidung der Sache mögliche Sicherstellungen und provisorische Regelungen, wie sie die ZPO. durch Arrest und einstweilige Verfügungen gibt.

Wenn im folgenden von diesen Sicherungsmitteln und Provisorien gehandelt wird, so kommen nur die Arten der einstweiligen Verfügungen und des Arrests zur Erörterung, die reichsgesetzlich im V. Abschnitt der ZPO. §§ 916—945 geordnet sind und andere, die diesen Voraussetzungen sich unterordnen.

Wohl sind überhaupt die meisten gleich bezeichneten Rechtseinrichtungen, die mit Arrest und einstweiligen Verfügungen im Sinne der ZPO. ihren Voraussetzungen und ihrem Wesen nach nichts gemein hatten, beseitigt, wie der Arrest zur Begründung des forum arresti oder der Arrest zur Erzwingung von Prozeßkautionen oder zur Beibringung von Deckungsmitteln aus dem Ausland, der Fremdenarrest, der Repressalienarrest, der im Landesrecht vorkommende Arrest zur Erzwingung der Einlassung auf die Klage, der Exekutionsarrest, welch' letzterer zwar nicht beseitigt ist, aber durch die ZPO. als Pfändung ins bewegliche Vermögen bezeichnet wird, ferner der Arrest zur Sicherung der Fortsetzung des gerichtlichen Verfahrens.

Doch bestehen noch eine Anzahl Einrichtungen gleichen Namens außerhalb der ZPO., wie der offene Arrest, KO. § 118, die einstweiligen Verfügungen der §§ 489, 1716 Abs. II, 885, 899 Abs. II, 1170, 1263 BGB., ferner des § 3 Gesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896.

Diese gleichnamigen Einrichtungen haben sämtliche mit den einstweiligen Verfügungen nach §§ 935 und 940 und dem Arrest ihrer Art nach keinen Zusammenhang, weil sie entweder nicht dieselben Voraussetzungen oder nicht denselben Zweck haben; sie scheiden also hier aus.

Im übrigen sind in der ZPO. selbst noch einstweilige Verfügungen enthalten in §§ 672, 679, 686, die ausdrücklich unter die Voraussetzungen und das Verfahren nach

§ 935 ff. gestellt sind, also einer besonderen Erörterung nicht bedürfen.

Schließlich sind die einstweiligen Verfügungen in Ehesachen nach § 627 ZPO. zu erwähnen, bei welchen zwar das Verfahren den Vorschriften der einstweiligen Verfügungen nach § 935 folgt, jedoch deren Voraussetzungen nicht erforderlich sind.

Demnach werden lediglich die einstweiligen Verfügungen §§ 935 und 940 und damit die oben erwähnten gleichartigen einstweiligen Verfügungen der ZPO. und in vergleichender Darstellung der Arrest § 916 ZPO. behandelt.

B. Geschichte der einstweiligen Verfügungen und des Arrestes.

§ 2. Römisches Recht.

I. Grundsatz ist im römischen Recht: C. un. Cod. de proh. sequ. pec. 4, 4: oportet enim debitorem primo convinci et sic deinde ad solutionen pulsari.

Doch ist dieser prozessuale Grundsatz, der sich in C. I C. de exec. rei iud. 7, 53:

> nimis propere Iudex pignora Marcellae capi, ac distrahi jussit ante rem judicatem,

wiederholt, nur für den Regelfall anzusehen, und hat nicht gehindert, daß auch vor Entscheidung des Rechtsstreites ein Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners vorgenommen wurde.

In vorjustinianischer Zeit bereits war es Gewohnheit, eine Sache, die im Streite lag, bei dem Sequester zu deponieren, der dieselbe aufzubewahren und nach Feststellung der Rechtsverhältnisse der einen oder anderen Partei auszuhändigen hatte.

Fr. 110 de V. S. (50, 16):

Modestinus libro VI° Pandectarum: Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt; dictus ab eo, quod occurenti autquasi sequenti eos, qui contendunt committitur.

Fr. 17 eod.:

Florentinus (libro VII°) Institutionum:

Licet deponere tam plures, quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur; itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, cum rem communem plures deponunt.

Der Sequester ist wie Muther S. 1—32 zwar teilweise etwas gekünstelt, aber wohl einwandfrei ausgeführt als Depositar anzusehen, hat aber jederzeit auch die Befugnisse des Entscheiders auszuüben. Bei der Entscheidung handelt es sich aber öfter nicht um die Entscheidung der rechtlichen Lage, sondern lediglich um die Beurteilung, ob die Bedingung erfüllt ist, unter der dem einen oder anderen Deponenten die deponierte Sache hinauszugeben ist, weil die Hinterlegung nicht bloß in Streitsachen geschah, sondern auch, um während des Schwebezustandes einer Bedingung keinen der Beteiligten im Besitze der streitigen Sache zu lassen.

Auch wenn es sich um Entscheidung streitiger Ansprüche handelte, erließ der Sequester keine formelle Entscheidung, sondern es genügte zur Erfüllung seiner Pflicht, wenn er nach seinem Gutdünken die Sache den Berechtigten hinausgab.

Das Verhältnis zwischen den Streitsteilen und dem Sequester ist also lediglich als Depositum aufzufassen, mit der weiteren Verpflichtung des Sequesters als Depositar, die Sache bis zur Entscheidung oder zum Eintritt der Be-

dingung aufzubewahren, ferner aber auch eine Entscheidung abzugeben, welche erzwungen werden konnte.

Der Sequester hatte keine amtliche Stellung oder Funktion. Er war Privatmann und zur Erzwingung seiner Tätigkeit war die actio depositi anwendbar, falls er nicht, nachdem er entschieden hatte, die hinterlegte Sache herausgab.

Die Hinterlegung erfolgte ursprünglich von den Parteien rein freiwillig; vereinbarungsgemäß wurde durch die Hinterlegung beim Sequester der Streitgegenstand der Verfügung beider Parteien entzogen, doch war der erste Zweck dieser Vereinbarung nicht die Sicherung des streitigen Gegenstandes bis zur Entscheidung im Rechtsstreit, sondern es sollte mit Umgehung des Magistrats eine Entscheidung durch den selbstgewählten Schiedsrichter herbeigeführt werden.

Fr. 1 de receptis (4, 8):

> Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.

Dieses Compromissum zwischen den Parteien sollte zwar die Stelle der Litiscontentatio im ordentlichen Zivilprozeß vertreten, jedoch liegt der grundsätzliche Unterschied zwischen beiden darin, daß durch das Compromissum das Klagerecht nicht aufgezehrt wurde.

Fr. 2 eod.:

> Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.
>
> Paulus Sententie receptae Val: Excompromisso autem judex sumptus rem judicatam non facit; sed si poena inter eos promissa sit, poena rei in iudicium deductae ex stipulatu peti potest.

Da die Sententia des Sequester nicht die Wirkung einer res judicata hatte und keine staatliche Einrichtung hinter dem Sequester stand, war also insbesondere im Vindikationsprozeß ein Zwangsmittel zur Durchführung seiner

Entscheidung nötig. Deshalb wurde mit dem Compromissum eine gegenseitige Pönalstipulation (gewöhnlich auf den vollen Betrag des Streitwertes) eingegangen, für den Fall, daß dem Spruche des Schiedsrichters keine Folge geleistet wurde.

Muther führt jedoch S. 80 ff., 87, gestützt insbesondere auf Laienquellen, z. B. Lactantius Placitus ad Statium Theb. VII, 542:

> Sequester dicitur, qui certantibus medius intervenit, abut quen cuiuscunque certaminis pignora deponuntur,

und mehrere Stellen bei Tertullian, aus, daß bei Eigentumsstreitigkeiten die durch die Hinterlegung für das nudum pactum bestellte Realsicherheit als Verpfändung aufzufassen sei, so daß eine Pönalstipulation für den Fall der Nichteinhaltung des Compromissums unnötig wurde, und durch diese zivilrechtliche Wirkung der Hinterlegung eine Garantie für die Durchführung des Schiedsspruches gegeben war.

Diese Auffassung hat zweifellos praktische Wahrscheinlichkeitsgründe für sich, trotz der entgegengesetzten zitierten Stellen und trotz des rechtlichen Bedenkens, daß bei Eigentumsstreitigkeiten eine Verpfändung der Sache durch den Nichteigentümer wirkungslos wäre, denn erst durch das Pfandrecht würde der Zweck, einen Rechtsstreit zu vermeiden, in vollem Umfang erreicht.

Neben dieser Art der Sequestration ging noch eine andere zur Einleitung des Verfahrens in jure: Wenn eine sofortige in jus vocatio aus irgendwelchen Gründen nicht tunlich war, so war es üblich, statt der Bürgen, die im Regelfall gestellt wurden, zur Garantie dagegen, daß der Gegner sich beim Gericht nicht stelle und sich nicht durch Flucht oder sonstwie der gerichtlichen Verfolgung entziehe, den Streit-

gegenstand zu deponieren, die sogen. cautio indicio sisti (Keller S. 228).

Dies sind die einzigen Institutionen im vorjustinianischen Recht, die sich im Zusammenhang mit den Sicherungsmitteln der ZPO. bringen lassen; doch sind die Berührungspunkte verschwindend gering, denn diese Sequestrationen unterscheiden sich von den Sicherungsmitteln der ZPO. § 916 ff. wesentlich dadurch, daß sie nicht gerichtliche Anordnungen, wie Arrest und einstweilige Verfügungen sind, sondern rein freiwillig auf Grund einer Vereinbarung der Parteien geschehen, und daß ihre Durchführung nicht mit staatlichen Zwangsmitteln gegen den Willen des Betroffenen möglich ist, wie bei Arrest und einstweiligen Verfügungen.

Arrest und einstweilige Verfügungen sind Schutzmittel für gefährdete Rechtsgüter vor urteilsmäßiger Feststellung der Rechtsverhältnisse.

Dieser Sicherungszweck ist den beiden Sequestrationen zunächst fremd; die erst besprochene bezweckt in erster Linie die friedliche Lösung eines Streites, die andere gibt Garantien für die Durchführung des Streites, ohne die Sicherung des Streitgegenstandes zu beabsichtigen. Doch sind immerhin einige Berührungspunkte vorhanden:

Es werden sowohl bei den Sequestrationen als bei den Sicherungsmitteln der ZPO. streitige Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien vorausgesetzt.

Einer besonderen Gefährdung dieser Ansprüche bedurfte die erst erwähnte Sequestration zu ihrer Herbeiführung nicht, da sie auf einem freiwilligen Abkommen der Parteien beruhte, welches keine besonderen Voraussetzungen hatte.

Wenn deshalb das Motiv der Hinterlegung zunächst auch nicht die Sicherstellung des gefährdeten Streitgegenstandes war, so wurde doch tatsächlich durch diese Hinter-

legung der Anspruchsgegenstand gesichert, weil er der Verfügung der Parteien entzogen war.

Dieser Zweck stand den Parteien zweifellos auch nebenbei vor Augen, da die Sequestration vor allem angewendet wurde, wenn der Gegner „suspectus“ erschien, d. h. wenn er wirtschaftlich schwach, insbesondere insolvent war oder auch, wenn seine persönliche Rechtlichkeit nicht einwandfrei erschien (conf. Muther S. 389).

Bei der Sequestration des Streitobjekts als cautio iudicio sisti trat der Sicherungszweck noch mehr in den Vordergrund, denn wenn durch die Hinterlegung zunächst auch lediglich die Durchführung des Prozesses garantiert werden sollte, so war in der Hinterlegung doch auch eine Sicherung des Streitgegenstandes gegeben, insbesondere wenn der Beklagte suspekt war, in welchem Falle diese Sequestration hauptsächliche Anwendung fand. Bei alledem ist nicht zu verkennen, daß beide Arten von Sequestration in dieser Zeit viel mehr einen Ersatz für die sonst übliche satisdatio, als ein Sicherungsmittel für die Realisierung von Ansprüchen wie einstweilige Verfügungen und Arrest sind, wenn auch durch die Hinterlegung der streitigen Sache im Effekt gerade der Zweck der einstweiligen Verfügung nach § 935, die Sicherung des Streitgegenstandes selbst erreicht wird, und andererseits auch der Wirkung nach Anklänge an die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO. vorhanden sind, weil hier wie dort eine vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses bis zur endgültigen Entscheidung erfolgt.

Als Resultat der Gegenüberstellung des altrömischen Rechtes mit dem der ZPO. ergibt sich, daß man die Sequestrationen des ersteren trotz verschiedener Ähnlichkeiten kaum als erste Entwicklungsstufe der heutigen einstweiligen Verfügungen erklären kann, weil der Entstehungsursache und dem Zwecke nach ein tiefer Unterschied besteht.

Vor allem ist auch im Verfahren keine Gemeinsamkeit vorhanden, weil überhaupt noch von keinem ordentlichen oder außerordentlichen Verfahren zur Herbeiführung einer Sequestration, das dem Arrestprozeß zu vergleichen wäre, gesprochen werden kann.

II. Als eine Annäherung an die einstweiligen Verfügungen und den Arrest ist es zu betrachten, daß in späterer Zeit die Sequestration auf richterlichen Befehl geschah (conf. Muther S. 124). Es ist der Beweis hierfür trotz der Ausführungen Muthers schon für die Zeit des Plautus sehr kompliziert und nicht unbedingt zwingend. Unbestritten ist aber, daß noch zur Zeit des Legisaktionenprozesses beim Verfahren in jure auf Befehl des Prätors die streitige Sache bis zur Austragung des Streites einem Sequester übergeben werden mußte.

Durch dieses Eingreifen der Staatsgewalt wurde die Sequestration bis zu einem gewissen Grade ihres vertraglichen Charakters entkleidet, doch herrschte auch hier, wie überall im älteren römischen Prozeß, den Streitteilen gegenüber nicht der direkte Zwang; die Sequestration und die Wahl des Sequesters blieb Parteisache und erfolgte auf rechtsgeschäftlichem Wege.

Erster Zweck der Sequestration war auch jetzt nicht die Sicherung der zukünftigen Zwangsvollstreckung, sondern die Ordnung des Besitzstandes für die Dauer des Streites und zwar nicht sowohl aus materiellen Gründen, als aus prozessualen, um die Parteirollen festzustellen. Doch nahm der Richter insbesondere Veranlassung, die Hinterlegung zu befehlen, wenn eine Gefahr für den Anspruchsgegenstand bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Streites vorlag, weil der Beklagte suspekt war.

Durch diese wesentliche Veränderung der Sequestration ist ihr ursprünglicher Zweck, der in starkem Gegensatz zu den

einstweiligen Verfügungen und dem Arrest stand, den Rechtsstreit durch schiedsgerichtliche Entscheidung zu vermeiden, beseitigt, und die Sequestration erscheint wenigstens als Bestandteil des Verfahrens, wenn sich auch noch kein summarisches Verfahren ähnlich dem Arrestprozeß ausgebildet hat.

III. Mit Einführung des Formularprozesses war die Regelung der Besitzverhältnisse im Eigentumsprozeß nicht mehr notwendig, weil im Vindikationsprozeß nicht über den Besitz Streit bestand, sondern Besitzer und Nichtbesitzer einander gegenübertraten, von denen jeder Eigentum beanspruchte. Infolgedessen entfiel der Zweck der Sequestration, die Parteirollen zu klären.

Der Beklagte ist Besitzer des Streitobjektes, der Kläger muß sich zunächst mit der bloßen Erwartung begnügen, daß der günstige Ausgang des Prozesses ihm den Besitz verschaffen werde (Keller § 56, S. 267).

Im allgemeinen war der Beklagte nach dem Grundsatz: melior est causa possidentis nicht schuldig, Garantien für die Sicherheit des streitigen Eigentumsanspruchs des Klägers zu geben. Wenn er aber dem Richter suspekt erschien, so daß die Ansprüche des Klägers gefährdet waren, und keine satisdatio gegeben hatte, so konnte der Richter die Hinterlegung der Streitsache bis zur Leistung der satisdatio, andernfalls bis zur Beendigung des Streites anordnen.

Fr. 7 § 2 qui satisdare cogantur (2, 8) [17 § ult. D. qui satisdare cogantur 2, 8] Ulpianus (libro XIV° ad Edictum):

> Si satisdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc iudici sederit, donec vel satisdatio detur, vel lis finem accipiat.

Es wird also, wie bei den einstweiligen Verfügungen nach § 935, um der Gefährdung einer streitigen Sache

während der Dauer des Prozesses zu begegnen, wenn sonst keine Sicherheit für dieselbe vorhanden ist, vom Richter die Sicherstellung des Streitgegenstandes selbst angeordnet, und zwar hört die Hinterlegung auf, ein freiwilliger Akt der Parteien, ein Compromissum zu sein; der Richter ordnete sie auch wider den Willen des Beklagten an.

Aus dem Zusatz „apud officium" ließe sich der Schluß ziehen, daß die Tätigkeit des Sequester ausgeschaltet und die Hinterlegung durch die Offizien vorgenommen wurde, jedoch weist Muther S. 158/159 nach, daß hier eine Korrektur der Kompilatoren für „apud sequestrem" vorliegt, weil der Prätor zur Zeit des Formularprozesses noch kein officium hatte.

Diese Auffassung wird unterstützt durch die Tatsache, daß bis zum Codex Theodosianus stets eine Hinterlegung „apud sequestrem" erwähnt wird.

Demnach befaßt sich das Gericht noch nicht, wie bei einstweiligen Verfügungen und Arrest, ausschließlich mit der Durchführung der Sicherung, sondern ein Teil der Durchführung bleibt den Parteien überlassen.

Einen weiteren Fall der Sequestration, der die genannte Stelle unterstützt, enthält das Reskript Marc Aurels aus dem zweiten Jahrhundert:

Fr. 21 § 3 de appellationibus (49, 1).

Papirius Justus (libri I° de constitutionibus) Iidem rescripserunt:

Quam vis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi: tamen, cum populitarentur ab adversario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi.

Regelmäßig also wurden bei der Appellation im Prozeß über ein Grundstück die Früchte nicht sequestriert, wenn aber

der Prozeßgegner sie verwüstete, war die Anordnung der Sequestration durch den Prätor zulässig.

Damit ist der Sache nach eine einstweilige Verfügung nach § 935 gegeben, die Sicherung eines gefährdeten Streitgegenstandes auf richterlichen Befehl.

Ebenso in:

Fr. 22 § 8 soluto matrimonio (24, 3):

Ulpianus (libro XXXIII ad Edictum).

Dort wird bestimmt, daß der Ehemann seiner geisteskranken Frau aus ihrer dos Unterhalt zu gewähren hat, wozu er vom Magistrat gezwungen werden kann, dann heißt es:

> Sin vero dotem ita dissipaturus manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari.

Diese Sequestration wurde als sequestratio custodiae causa bezeichnet und enthält Anklänge an eine einstweilige Verfügung.

II. Auch im Codex Theodosianus von 438 blieb die Sicherung des Streitgegenstandes bei dinglichen Klagen, wie ausgeführt, bestehen. Doch auch bei obligatorischen Ansprüchen findet sich Sequestration:

C. 1. C. Th. si certum petatur de chirographis 2, 27 verfügt, daß bei Klagen aus Schuldverschreibungen Sequestration eintrat, wenn der Beklagte suspekt war. Eine wesentliche Änderung liegt im Codex Theodosianus darin, daß nicht mehr die Parteien über den Sequester überein kamen, sondern daß der Richter bestimmte, wo und bei wem sequestriert werden sollte. Aber die Hinterlegung bei dem vir bonus oder auch in der aedes sacra geschah immer noch von den Parteien selbst; daneben wurde es aber im Eigentumsprozeß Übung, daß wie oben schon erwähnt, statt des Sequester die Offizialen in Tätigkeit traten, welchen die streitige Sache übergeben, event. auch zwangsweise von ihnen weggenommen

und deponiert wurde, und zwar in der Kaiserzeit zumeist in der Kirche.

Mit diesem Verfahren war also die Tätigkeit der Parteien vollständig ausgeschaltet und eine weitere Annäherung an die einstweiligen Verfügungen gewonnen, wenn auch von einem summarischen Verfahren, wie in der ZPO. noch keine Spur vorhanden ist.

III. Das justinianische Recht bringt keinen wesentlichen Fortschritt.

Der Beklagte hatte zunächst die cautio judicio sisti zu leisten zur Sicherheit für sein Erscheinen im Termin. In diesem mußte er alsdann cautio pro sua persona, quod in iudicio permaneat usque ad terminum litis geben.

Diese Kautionen waren Satisdationen. An ihre Stelle trat Sequestration des Streitgegenstandes und Personal-Arrest, wenn der Schuldner die Kaution nicht leistete und suspekt, insbesondere fluchtverdächtig war, aber die Sicherung des Anspruches selbst oder seines Wertes wurde nur in zweiter Linie bezweckt und nur indirekt gefördert, insoferne als die streitige Sache der Verfügung der Parteien entzogen war, und der Beklagte zur Durchführung des den Anspruch verwirklichenden Prozesses gezwungen wurde.

Das Verfahren bei der Sequestration blieb genau dasselbe, wie in der vorjustinianischen Zeit.

Neben diesen staatlich zugestandenen und später sogar richterlich befohlenen Sicherungsmitteln wird aber auch private Selbsthilfe nicht bloß geduldet, sondern sogar für berechtigt erklärt, wenn der Schuldner flüchtete und sein Vermögen beseitigte:

l. 10 § 16 D. quae in fraud. cred. 42, 7:

si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem

pecuniam et abstulissem ei id, quod mihi debeatur, placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit, an postea; si ante cessare in factum actionem: si postea huic locum fore.

Als Gesamtresultat ergibt sich, daß im römischen Recht allerdings Beschränkungen der Dispositionsfreiheit des Schuldners über sein Vermögen oder seine Person zur Sicherstellung des Gläubigers vor Entscheidung des Streites statthaben, die in Hinterlegung oder auch Personalarrest bestehen.

Doch erfolgt die Hinterlegung ursprünglich auf rein freiwilligem, rechtsgeschäftlichem Wege ohne richterliche Anordnung oder richterlichen Eingriff; allein darin schon liegt ein wesentlicher Unterschied von den einstweiligen Verfügungen und dem Arrest.

Später, als die Hinterlegung auf richterlichen Befehl und schließlich sogar mit gerichtlichen Zwangsmitteln geschah, und auch von einer Gefährdung des Anspruchs des Gläubigers abhing, wurde tatsächlich der Zweck des Arrestes, und wo eine Hinterlegung des Streitgegenstandes selbst erfolgte, auch der der einstweiligen Verfügung § 935 erreicht.

Doch geschah auch im späteren römischen Recht die Hinterlegung in erster Linie als prozessuale Kaution, an deren Stelle Personalarrest treten konnte, während die Sicherung des Anspruchs des Gläubigers nur Nebenzweck war.

Im Verfahren sind mangels eines vom Hauptprozeß gesonderten summarischen Verfahrens mit Glaubhaftmachung von Anspruch und Gefährdung des Anspruches überhaupt keine Gleichförmigkeiten vorhanden[1]).

[1]) Ebenso Bayer S. 83, Wach S. 1, Werner S. 4, Mevius S. 8 (C. III[4]).

§ 3. Germanisches und italienisches Recht.

I. In der Literatur wird durchwegs vertreten, daß der Arrest — von den einstweiligen Verfügungen ist in der älteren Literatur noch keine Rede, weil die Bezeichnung neu ist — sich aus der eigenmächtigen Pfändung des germanischen Rechts entwickelt habe und speziell in Italien nach dem Eindringen der Germanen sich ausgebildet habe.

So ohne Begründung Bayer S. 80, Werner S. 5. Wach begründet, wohl als erster in der Literatur, in seinem „Italienischen Arrestprozeß" diese Meinung.

Es ist deshalb auch auf das germanische und italienische Recht einzugehen.

Bei den Germanen war die Selbsthilfe nicht bloß zu einer Zeit in Gang, wo die staatliche Gewalt noch zu wenig ausgebildet war, als daß sie dem Privatrechte des Einzelnen hätte genügenden Schutz geben können, sondern die Selbsthilfe wurde noch im Anfang des 16. Jahrhunderts geübt, wo die Staatsgewalt die Privatinteressen des Einzelnen hätte überwachen müssen.

Es bestand bei allen germanischen Völkern nicht bloß die Duldung der Selbsthilfe, sondern ein Recht der Selbsthilfe in Gestalt der eigenmächtigen Pfändung. Der Gläubiger hatte das Recht, den Schuldner, der nicht leistete, nach einer einmaligen — nach etlichen Rechten auch dreimaligen — Mahnung ohne Inanspruchnahme der gerichtlichen Hilfe zu pfänden. Diese eigenmächtige Pfändung, die ursprünglich nicht einmal einer Bestätigung durch das Gericht bedurfte, war nicht an Gefahr auf Verzug gebunden und konnte vorgenommen werden, obwohl gerichtliche Hilfe zu erreichen war.

II. Dieses Recht der eigenmächtigen Pfändung trugen die Langobarden bei der Eroberung des weströmischen Reiches nach Italien.

Ed. Rotharis 245 (zit. nach der Ausgabe Edicta reg. Lang. ed. C. Baudi a Vesme 1855) De pignoribus et devitas: Si quis debitorem habit, appellit eum semel, bes, et usque tertio, et si devitum non reddiderit aut non conposuerit tunc deveat eum pignerare in his rebus, qui pignerare lecitum est.

Die Pfändung war demnach an gar keine anderen Voraussetzungen geknüpft, als an eine dreimalige Mahnung, doch war sie nach der Meinung Wachs S. 14 auf die streng formelle obligatio per wadiam et fidei iussores beschränkt, während nach anderer Meinung alle debita pfändbar waren.

Für Wachs Auffassung spricht das gleichzeitig bestehende Institut der sogenannten konventionellen Pfändung, das auch in Zusammenhang mit den einstweiligen Verfügungen und Arrest gebracht wird; durch diese wurde zwischen Gläubiger und Schuldner ein Pfändungsrecht aus dem Vertrag auf sein Vermögen im ganzen oder zum Teil vertragsmäßig eingeräumt, wodurch zwar kein Pfandrecht des Gläubigers entstand, aber die prozessuale Ermächtigung zu pfänden begründet wurde. Wäre schon auf Grund des formlosen Vertrages die außergerichtliche Pfändung statthaft gewesen, so hätte diese konventionelle Pfändung keine Bedeutung mehr gehabt.

Ihrem Wesen nach haben diese Einrichtungen mit den einstweiligen Verfügungen und Arrest nur gemein, daß ohne Vollstreckungstitel gegen den Schuldner vorgegangen werden konnte. Zwar werden ebenfalls ohne strikten Nachweis des Anspruchs Zwangsmaßregeln gegen den Schuldner angewendet, aber dieselben bezwecken auch abgesehen davon, daß das Gericht vollständig ausgeschaltet wurde, nicht die Sicherung der Ansprüche, sondern sie sind wahre Exekution, denn auch für die konventionelle Pfändung wurde noch

100 Jahre später im Ed. Luitpr. 108/110 bestimmt, daß das Eigentum am Pfande nach Ablauf einer Frist von 30 Tagen auf den Gläubiger übergehen sollte. Vor allem aber bedurfte es zur eigenmächtigen Pfändung im Gegensatz zu den Sicherungsmitteln der Zwangsvollstreckung in der ZPO. keiner causa arresti, sondern es genügte der Verzug des Schuldners.

Die Ähnlichkeit zwischen beiden ist so gering, daß es nicht einleuchtend ist, warum Wach S. 1 diese ursprünglich außergerichtliche Pfändung als ein Element erklärt, das in seiner urwüchsigen Kraft die Quelle des Arrestprozesses wurde; soviel Berührung mit dem Arrest hat auch das römische Recht in seiner Sequestration.

Nach der Eroberung des Langobardenreiches durch die Franken im 8. Jahrhundert wurde im Capitulare Pippins:

> ut nullus alteri praesumat res suas aut alienam causam sine iudicio legali tollere aut invadere et qui hoc facere praesumserit ad partem nostram exinde bannum nostrum persolvat. (Cap. Papiense a. 789 c. 14; Mon. Germ. Leges I p. 71)

der Versuch gemacht, die eigenmächtige Pfändung zu beseitigen, wiederum ein Beweis, daß von einer Entwicklung derselben zum Arrest kaum die Rede sein kann, da keine Fortentwicklung, sondern eine vollständige Beseitigung beabsichtigt war.

Trotz dieses Verbotes erhielt sich aber die eigenmächtige Pfändung.

Im 9. Jahrhundert verschwand die obligatio per wadiam et fideiiusoress und die eigenmächtige Pfändung wurde auch zur Erfüllung formloser Rechtsgeschäfte zulässig; die vorgängige Mahnung wurde entbehrlich. Gegen diese Willkür erfolgte im 12. Jahrhundert mit dem Erstarken der Städte in Italien eine Reaktion: Die Privatpfändung wurde vollständig verboten, so in Venedig 1242.

Damit ist gekennzeichnet, daß die Privatpfändung als gesetzlos und eines geordneten Staatswesens unwürdig angesehen wurde. Wach sagt zwar S. 36, man könne nicht annehmen, daß mit so allgemeinen Verboten die unverzügliche Pfändung überhaupt beseitigt werden sollte, weil man für gewisse Fälle eines Mittels parater Exekution nicht völlig entraten konnte, und deshalb habe es gegolten, die eigenmächtige Pfändung zu einem brauchbaren prozessualen Institut umzuformen.

Den Nachweis dieser Umordnung kann er jedoch nicht erbringen, denn Fremden- und Repressalienarrest, die zu dieser Zeit noch in Übung waren und die Wach als Bindeglied benützt, beseitigte das städtische Recht lediglich wegen der Rechtlosigkeit der Bürger in auswärtigen Territorien nicht sofort. Sobald aber der Rechtlosigkeit durch Staatsverträge abgeholfen war, was schon damals geschah, verschwanden auch diese rohen Hilfsmittel, die nur als letzte Rückstände der eigenmächtigen Pfändung anzusehen sind.

Wach selbst bezeichnet das 12. Jahrhundert als der eigenmächtigen Pfändung entschieden feindlich, eine Entwicklung einer Rechtseinrichtung aber aus dem Wesen einer anderen, als unrichtig beseitigten, ist nicht möglich, höchstens eine Neubildung infolge der Notwendigkeit, etwas anderes an die Stelle der alten Einrichtung zu setzen. Dann aber besteht kein innerer Zusammenhang zwischen beiden.

Die Lücke, die durch die Beseitigung der eigenmächtigen Pfändung entstand, mußte wieder geschlossen werden. Es trat in den Gesetzen der italienischen Städte, die dieselbe verboten, ganz unvermittelt eine Einrichtung auf, die dem Sicherungsarrest sehr nahe kommt.

Bereits im 13. Jahrhundert (ca. 1200) bestimmen die Statuten von Piacenza cap. 612:

De debitoribus non detinendis nec pignorandis.

Item quod consules non possint facere detineri aliquem debitorem ad postulationem alicuius creditoris neque pignorari occasione alicuius debiti ante terminum instrumenti seu termini seu debiti, nisi prius facta fuerit fides ad postulationem dicti creditoris per duos vel tres testes bonos et ydoneos: quod ille debitor non sit securus pro illo debito, vel quod vellet ille debitor se absentare.

In der Regel ist also ein Eingriff ins Vermögen oder die persönliche Freiheit des Schuldners im Gegensatz zur eigenmächtigen Pfändung verboten. Wenn aber eingeschritten werden muß, so ist die Selbsthilfe untersagt und der Eingriff geschieht durchs Gericht und zwar nur, wenn eine Gefahr für die Erfüllung der Schuld besteht, während die eigenmächtige Pfändung ohne besondere Voraussetzungen eintreten konnte. Die angewendete Maßregel besteht nicht, wie bei der eigenmächtigen Pfändung, in wirklicher Exekution, sondern nur in Sicherstellung durch Pfändung oder Personalhaft.

Dieser plötzliche Übergang ohne die geringsten Berührungspunkte zwischen den beiden Einrichtungen ergibt, daß eine normale Entwicklung der eigenmächtigen Pfändung zum Sicherungsarrest nicht anzunehmen ist.

Allerdings wurde der Sicherungsarrest nicht in allen italienischen Städten gleichzeitig und ebenso unvermittelt eingeführt wie in Piacenza, sondern es bestand noch vielfach die Selbsthilfe fort, und traten auch zuweilen Vermischungen derselben mit dem Sicherungsarrest ein, indem die Pfändung vom Gläubiger selbst ohne gerichtliche Ermächtigung geschah und vom Richter lediglich bestätigt wurde.

Jedoch widerspricht einer inneren Entwicklung des Sicherungsarrestes aus der eigenmächtigen Pfändung trotz dieser Zusammenschmelzung, die man als Übergang bezeichnen

könnte, die unvermittelte Einführung des Arrestes in Piacenza, die sich nicht an die eigenmächtige Pfändung anlehnt. Die rückständigen italienischen Städte haben sich nicht aus der eigenmächtigen Pfändung den Sicherungsarrest als brauchbares Institut geschaffen[1]), denn in diesen Städten kann die Entwicklung nicht anders gewesen sein als in Piacenza.

Wenn auch der Sicherungsarrest kein vollständig neues Rechtsgebilde ist, das gar keine direkte Anlehnung an eine bisherige Einrichtung hat, so muß immerhin der Boden für die Ausbildung desselben vorbereitet gewesen sein, und dies geschah durchs römische und germanische Recht zusammen.

Das römische Recht allein kann nicht als Vorläufer des Sicherungsarrestes bezeichnet werden (cf. § 2), ebensowenig die germanische eigenmächtige Pfändung; jedoch haben beide mitgewirkt, die Vorbedingungen zu geben.

Dafür spricht schon, daß sich der Arrest gerade in Italien ausgebildet hat, obwohl doch die eigenmächtige Pfändung auch in ganz Deutschland im Gebrauche stand.

Doch auch der innere Zusammenhang zwischen der römischen Sequestration und dem Sicherungsarrest ist nicht vollständig von der Hand zu weisen (cf. § 2).

Von der eigenmächtigen Pfändung nahm man den Zweck, nämlich die rasche Sicherung von Ansprüchen und von der Sequestration die rechtliche Begründung und die sehr wichtige Einschränkung, daß die Zwangsmaßregel nicht generell, sondern nur im Falle einer Gefährdung des Anspruches statthaft war.

Zum Beweise dafür, daß die rechtliche Begründung für den Sicherungsarrest bereits im 13. Jahrhundert im römischen Rechte gesucht wurde, dient die Stelle bei Dynus:

---

[1]) So Wach S. 77.

ad I ait praetor 10 § si debitorem (§ 16) D. quae in fraud. cred. (XLII, 8): Sed quid si dicat: domine talis scholaris aufugere intendit cum pecunia mea, faciatis eum capi, ut faciat ne securum, an sit audientus? et distinque; aut iuste timet, aut non ut D. si qui plus, quam per 1. falc., 1. haec autem satissatio in pr. (1, 4 pr. D. XXXV, 3) et D. solm. 1, 2 in pr., et D. qui satisd. cog. 1. si fideiussor § fin. (1, 7 § 2 D. II, 8)[1]).

Demnach entstand der Sicherungsarrest im 13. Jahrhundert in Italien. Doch wird noch nicht unterschieden zwischen der Sicherung des Wertes des Anspruchs und der Sicherung des Anspruchsgegenstandes selbst; die Entstehung der einstweiligen Verfügung kann also nur insoferne auf diese Zeit verlegt werden, als sie sich mit dem Arrest deckt.

Auch das Verfahren entspricht dem summarischen Verfahren der Zivilprozeßordnung: auf ein Arrestgesuch, welches Arrestanspruch und causa arresti enthalten muß, deren Beweis in continenti liquider sein muß, erläßt der Richter ohne Zitation den Arrestbefehl, ein unverzüglich vollstreckbares Mandat, welches auf Personal- oder Realarrest lautet, für den Fall, daß der Inpetrant nicht sofort bei Präsentation des Mandats Kaution stelle.

Auch der Vollzug war dem Inpetraten entzogen und den Sbirren übertragen.

§ 4. Gemeines Recht.

I. Nach Deutschland drang der in Italien ausgebildete Sicherungsarrest nicht sofort; es wurde bis zum Ende des 15. Jahrhunderts uneingeschränkt die eigenmächtige Pfändung zur Sicherung und Realisierung von Ansprüchen gebraucht.

[1]) Wach S. 85.

In der Reformation Kaiser Friedrichs III. von 1422 § 2—5[1]) wurde dem Gläubiger, der „kundliche und unlogenbare" Schuldforderungen stellen konnte und Bürgen oder „Brieve" darüber hatte, die eigenmächtige Pfändung sogar gesetzlich gestattet.

Außerdem wurde das eigenmächtige Pfändungsrecht wie die konventionelle Pfändung zur größeren Sicherheit des Gläubigers auch öfter in der Schuldurkunde durch besondere Klauseln festgelegt[2]).

Gegen Ende des 15. Jahrhunderts hörte allmählich die Selbsthilfe auf, wozu insbesondere der Landfrieden von 1495 beitrug, der in § 9 auch die erwähnten Verträge mit Klauseln auf eigenmächtige Pfändung verbot.

II. Mit der Rezeption des italienischen Prozesses fand auch der Sicherungsarrest und der Arrestprozeß in Deutschland Eingang, doch ist eine Weiterbildung desselben in der Reichsgesetzgebung nicht bemerkbar; die reichsgesetzlichen Quellen sind äußerst spärlich, teilweise sogar nur negativ, indem sie eigenmächtige Pfändung oder Arrest verbieten, wie der Reichstagsabschied von Speyer von 1570 in § 84.

Der Reichstagsabschied von Regensburg von 1594 enthält in § 82 die Bemerkung, daß „Ungleiche Meinung und Verstand des Wortes Arrest und dahero Streit bestehe" und bestimmt weiter, daß zu unterscheiden sei zwischen den verbotenen Arresten, „quae fiunt propria autoritate sine cognitione causae" und den erlaubten Arresten, die auf Vertrag, Gewohnheit oder Privileg bestehen. Unter welchen

[1]) Die Reichtagsabschiede werden zitiert aus der Sammlung von Reichstagsabschieden von 1720 im Verlage Joh. Martin Schönwetter, Frankfurt.

[2]) Mittermayer, Der gemeine deutsche Prozeß Beitr. IV, 2. Aufl., S. 193, Note 13.

Voraussetzungen aber dieser Arrest anwendbar ist, wird nicht bestimmt.

Im Deputationsabschied von 1600 § 48 wird lediglich über den Fremdenarrest angeordnet, daß er nicht via ordinaria per appellationem, sondern im Mandatsprozeß zu erkennen sei.

Es war also wohl ein summarisches Verfahren, der Mandatsprozeß, in Ausbildung, im übrigen aber beschränkte sich die Reichsgesetzgebung darauf, den gewohnheitsrechtlich im Anschluß an den römisch-langobardischen Arrest rezipierten Sicherungsarrest zu billigen. Wie in Italien, so entwickelten auch in Deutschland vor allem die Städte in ihren Statuten den Sicherungsarrest weiter.

Aus dieser Zeit gibt Mevius in seinem Werk „De Arrestis" von 1646 eine Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Arrestrechtes.

Er sucht den Ursprung im ius gentium (cap. III, 5) und die Berechtigung desselben im Gewohnheitsrecht und den Statuten der Städte (cap. II, 21: statutis et consuetidine).

Definiert wird der Arrest in cap. I, 12 als: mandatum legis vel iudicis quo ex iusta causa prohibetur persona extra iurisdictionem iudicis arrestantis secedere vel res quascunque inde dimovere donec rationi impositionis satisfactum fuerit.

Voraussetzung für den Arrest ist eine causa arresti, als welche kasuistisch angegeben werden cap. VI, 2:

Fluchtverdacht des Schuldners: primo ob fugam debitoris iuste petitur et decernitur arrestum, cap. VI, 24: contra cives ad alia loca discessuros.

Landstreicherei cap. VI, 5: ad vagabundos debitores idem pertinet, qui fugitivis aequiparantur.

Fluchtvorbereitungen cap. VI, 6: si debitor, qui immobilia non possidet, non quidem fugam arripuit, de fuga tamen suspectus est.

Periculum in mora cap. VI, 7.

Verschwendung, wirtschaftliche Notlage, schlechte Vermögensverwaltung cap. VI, 9: in casu dilapidationis, quando constat debitorem egestate laborare vel ad inopiam vergere ... aut male utitur rebus suis.

Der reine Sicherungszweck dieses Arrestes ist unverkennbar, und die meisten der Arrestgründe sind auch nach der ZPO. als Gefährdung des Anspruches anzusehen. Allerdings war der Sicherungsarrest von anderen Zwangsmitteln, die den Namen Arrest führten, noch nicht geschieden, z. B. bestand ein Arrest zur Erzwingung von Zeugnisaussagen[1]). Hauptsächlich bestand auch der konventionelle Arrest noch fort[2]), was deutlich auf den römisch-italienischen Einfluß schließen läßt.

Wie beim Sicherungsarrest der ZPO. war zur Verhängung des Arrestes ferner ein Anspruch des Gläubigers an den Schuldner vorausgesetzt, Mevius cap. X, 1:

> debitum est fundamentum arresti nec hoc sine illo decerni debet,

und zwar ein streitiger Anspruch cap. XIII, 6:

> usque dum causa, ob quia fit arrestatio finita fuerit vel compositione amicabili aud decisione iudiciali.

Welcher Art der Anspruch war, war bedeutungslos: Mevius cap. X, 2:

> quale sit debitum non refert, dummodo verum sit,

jedoch mußte er fällig und unbedingt sein:

---

[1]) Mevius cap. 6, 30.

[2]) cap. 6, 63.

arrestum pro illo debito locum habet, quod statim exigi potest; ante diem debitor arrestari non debet.

Das Verfahren der Arreſtanordnung und der Arreſtvollzug waren in den einzelnen Rechtsgebieten verſchieden[1]).

Als überall geltender Grundſatz war anzuſehen, daß die Arreſtanordnung ſtets durch das Gericht erfolgte. Mevius, cap. V, 1: pro impetrando arresto iudex necessario adeundus est, und daß keine Zitation des Arreſtgegners nötig war, daß dagegen der Exekution eine Anhörung desſelben vorausgehen mußte[2]).

Der Richter hatte Anſpruch und Grund des Arreſtes zu prüfen. Mevius, cap. XIII, 1: arresti iusti requisita prius investigare debet iudex antequam arrestum imponat.

Der Arreſtbefehl wurde vom Richter ſchriftlich gegeben und erhielt das Verbot an den Schuldner, ſich zu entfernen oder den Streitgegenſtand wegzuſchaffen, bis der Streit auf gütlichem Wege oder durch Richterſpruch erledigt ſei[3]).

Der Arreſtvollzug war ebenfalls in den Rechtsgebieten verſchieden, cap. XIV, 2:

cuinam apparitorum vel ministrorum publicorum ea arrestanti commissio incumbat, ex usu fori dependet.

Grundſatz aber iſt: sine speciali mandato minister arrestorum decreta exequere non debet. Zu der Zeit hatte alſo der Arreſt ausſchließlich den Sicherungszweck, wie Arreſt und einſtweilige Verfügungen in der ZPO.; er ſteht

[1]) Mevius cap. XIII, 6, 7. Moribus et constitutionibus aliis in locis aliud introductum est. Quod in singulis praxis fori recepit, pro lege merito observatur.

[2]) Mevius cap. XIII, 3, 4.

[3]) Mevius cap. XIII, 6.

nicht mehr im Zusammenhang mit prozessualen Kautionen, und jede Eigenmacht bei der Durchführung ist infolge der gerichtlichen Anordnung und Durchführung ausgeschlossen.

Insoferne könnte die Entstehung der einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO. soweit zurückverlegt werden, da event. auch eine Sicherung des Anspruchsgegenstandes selbst durch Pfändung des Streitgegenstandes und durch den Personalarrest erreicht werden konnte. Es liegt jedoch keine Ausscheidung zum Schutze des Geldwerts des Anspruchs und des Anspruchsgegenstandes selbst vor und fehlt infolgedessen noch ein wesentliches Entwicklungsmoment.

III. In der Folgezeit schritt die Ausbildung des Arrestes infolge der Schwerfälligkeit des deutschen Prozeßrechtes und der partikularen Zerrissenheit nicht fort.

Zwar bildeten sich eine Anzahl summarischer Prozeßarten, wie der Mandatsprozeß, der Exekutivprozeß und auch der summarische Arrestprozeß, aber es gab eine Reihe anderer Institutionen, die trotz völliger Wesensunähnlichkeit als Arrest bezeichnet wurden und die klare Abgrenzung des Sicherungsarrestes gefährdeten. So wurde durch Vermischung mit dem Exekutionsarrest zur Erzwingung der Leistung des Schuldners *nach* rechtskräftiger Verurteilung die Abgrenzung des Sicherungsarrests undeutlich, woraus die noch gegenwärtig vereinzelt vertretene Meinung entstand, der Sicherungsarrest sei antizipierte Zwangsvollstreckung (cf. § 10).

Doch sind insoferne Fortschritte zu verzeichnen, als die Fälligkeit der Ansprüche nicht mehr Voraussetzung für die Arresterteilung war und auch für bedingte Ansprüche nach der herrschenden Meinung Arrest gewährt wurde[1]).

Bezüglich der causa arresti wurde die Kasuistik verlassen und bildete sich als Grundsatz heraus, daß als causa

[1]) Bayer S. 58.

arresti die Gefahr einer Vereitelung der künftigen Rechtsverfolgung anzusehen sei. Teilweise wurde auch bereits die bedeutende Erschwerung der Anspruchsverwirklichung als genügend anerkannt[1]).

Auch abgesehen von der Bezeichnung wurde nicht einmal der Sache nach eine einstweilige Verfügung im Sinne der ZPO. ausgebildet, doch war trotzdem schon jetzt der Schutz des Streitgegenstandes selbst und nicht bloß der Ersatzleistung durch Arrest möglich, da der Arrestgläubiger die Arrestmaßregel selbst in Vorschlag zu bringen hatte und, falls er an der Sicherung des Anspruchsgegenstandes selbst interessiert war, eine diesen sichernde richterliche Verfügung beantragen konnte.

Das Verfahren war stets summarisch, jedoch kam, wenn nicht große Eile geboten war, nicht der sogenannte Arrestprozeß zur Anwendung, sondern der unbedingte Mandatsprozeß. Es wurde also vom Richter unter Strafandrohung der Auftrag zu einer Handlung oder Unterlassung an den Schuldner erlassen. Die Sicherung des Gläubigers bestand darin, daß er, wenn der Schuldner das Mandat unbefolgt ließ, die Ansetzung einer Frist zur Ausführung des Mandats beantragen konnte, nach deren Ablauf die Exekution verhängt wurde.

Da dieses reguläre summarische Verfahren bei periculum in mora zu langwierig war, wurde in eiligen Sachen der eigentliche Arrestprozeß angewendet.

Der Arrestantrag mußte eine Bescheinigung über Arrestanspruch und Arrestgrund enthalten, die in jeder Art von Beweismitteln bestehen konnte, welche sofort zur Stelle waren, z. B. zu Gericht gebrachte Zeugen oder Urkunden, event. auch Eid.

---

[1]) Mittermaier, Beitr. IV, S. 228.

Die Beweiskraft dieser Glaubhaftmachungen war, wie in der ZPO., der richterlichen Überzeugung überlassen. Zum Ersatz der Bescheinigung genügte auch Kautionsleistung[1]).

Zugleich hatte der Antragsteller, wie erwähnt, ein geeignetes Arrestobjekt und die diesem entsprechende richterliche Verfügung zur Sicherung in Vorschlag zu bringen.

Hierauf erließ der Richter ohne Gehör des Arrestgegners den Arrestbefehl und setzte Termin zur Rechtfertigung des Arrestes mit Ladung beider Parteien an.

Im Justifikationstermine wurde der Beklagte mit seinen event. Einreden gehört, und je nachdem der Arrest bestätigt oder unter Überbürdung der Kosten auf den Antragsteller aufgehoben. Im Gegensatz zur ZPO. ist der Arrestprozeß nicht von einer Klage in der Hauptsache abhängig, es kann auch keine Frist zur Klagestellung gesteckt werden.

Der Arrestvollzug bestand entweder darin, daß gegen den Schuldner lediglich ein Veräußerungsverbot erging oder gegen den dritten Besitzer ein Verbot, die Sache dem Schuldner zurückzugeben, oder daß die Sache mit dem gerichtlichen Siegel belegt oder auch in gerichtliche Verwahrung genommen wurde.

Durch diese Maßnahmen erhielt der Gläubiger kein Pfand- oder Vorzugsrecht, wie in der ZPO., sondern es stand ihm nur bei Arrestbruch das Recht zu, auch dem gutgläubigen Besitzer die mit Arrest belegte Sache wieder abzunehmen, gegen den Schuldner Personalarrest zu erwirken und vom Drittbesitzer, der trotz des Rückgabeverbotes die Sache dem Schuldner zurückgegeben hatte, Schadensersatz zu fordern.

IV. Neben diesen mit Arrest bezeichneten Maßregeln, die im allgemeinen auch die Funktion einer einstweiligen

[1]) Mittermaier, Beitr. IV, S. 237.

Verfügung nach § 935 ZPO. erfüllen konnten, weil durch die gerichtliche Siegelung, gerichtliche Hinterlegung oder das Veräußerungsverbot auch der Streitgegenstand selbst gesichert werden konnte, bestand im gemeinen Prozeß auch eine Einrichtung, die zum Teil die Wirkung der einstweiligen Verfügungen § 940[1]) hervorbrachte, nämlich das possessorium summariissimum.

Durch dasselbe wird bei Besitzstreitigkeiten, um Gewalttätigkeiten der Parteien hintan zu halten, nach summarischem Verfahren im unbedingten Mandatsprozeß ohne strikten Beweis auf Grund von Bescheinigungen diejenige der Parteien gerichtlich in Schutz genommen, welche die jüngste Besitzhandlung für sich vorbringen kann.

Voraussetzung ist, daß der Kläger die Besitzstörung und die Befürchtung, daß es ohne provisorische Maßregeln zu Gewalttätigkeiten zwischen den Parteien kommen könnte, bescheinigt.

Der Befehl des Richters lautet auf Schutz des Klägers, insbesondere durch Untersagen fernerer Störungen, event. auf Schadensersatz.

Die Entstehung des possessorium summariissimum geht auf das römische Interdictum uti possidetis zurück[2]): Die vollständige Durchverhandlung dieses Interdiktes wäre insbesondere bei der Weitläufigkeit des gemeinen Prozesses sehr langwierig gewesen. Mit Rücksicht auf die Notwendigkeit, eine Besitzstörung durch Eigenmacht, deren Berechtigung aus dem Grundsatz: licet vim vi repellere, auch nach Beseitigung der eigenmächtigen Pfändung abgeleitet wurde, zu verhindern, bildete sich als einfache und provisorisch wirkende Form des Interdikts das possessorium summariissimum aus, wo lediglich derjenige im Besitz geschützt wurde, der die

[1]) Ebenso Seuffert, vor § 916, S. 644.
[2]) Ebenso Gaupp § 940, S. 825.

letzte Besitzhandlung aufzuweisen hatte [1]). War provisorisch der Besitzstand geordnet, so begann der Hauptprozeß mit dem possessorium ordinarium, in welchem die Erfordernisse des Interdictum uti possidetis nachzuweisen waren. Der Zusammenhang des posssesorium summariissimum mit den einstweiligen Verfügungen § 940 ist unverkennbar.

Allerdings gibt das posssesorium summariissimum lediglich Besitzschutz, während durch die einstweiligen Verfügungen die Regelung eines einstweiligen Zustandes im allgemeinen herbeigeführt werden kann; doch ist gerade die Verhinderung von Besitzstörungen ein häufiger Anwendungsfall des § 940. Ihrem Wesen nach sind beide gleich; sie setzen ein streitiges Rechtsverhältnis und die Notwendigkeit einer einstweiligen Regelung zur Abwendung von Nachteilen voraus. Drohende Gewalt, die als Voraussetzung des possessorium summariissimum gilt, ist in § 940 ZPO. als causa arresti besonders hervorgehoben.

Das Verfahren ist in beiden Fällen summarisch und die Voraussetzungen bedürfen keines Beweises, sondern nur der Glaubhaftmachung. Der durch die Provisorien gewährte Schutz ist der gleiche und bedient sich auch im allgemeinen der gleichen Mittel, insbesondere des Untersagens der Besitzstörung bei Strafandrohung.

Allerdings gehen die einstweiligen Verfügungen in § 940 nicht bloß, wie hervorgehoben, in ihrem Ausdehnungsgebiet weiter, sondern auch in der Maßregel; sie dienen nicht selten zur vorläufigen Realisierung des Anspruchs, in dem z. B. die einstweilige Gewährung von Unterhaltsbeiträgen bis zur Feststellung der Unterhaltspflicht erzwungen wird.

---

[1]) cf. von Grolmann, Theorie des gerichtl. Verfahrens, IV Aufl., S. 412/13.

§ 5. Die Partikulargesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts.

So war der Stand der Entwicklung, als Mitte des 18. Jahrhunderts die Landesgesetzgebung infolge der Mißstände des gemeinen Prozesses stärker mit Prozeßkodifikationen einsetzte und den gemeinen Prozeß einengte.

Eine der ersten dieser Prozeßordnungen war neben dem preußischen Project des Codicis Fridericiani Marchici vom 3. April 1748 von Coceji, der Codex juris bavarici iudiciarii vom 14. Dezember 1753 verfaßt von Kreitmayr.

Diese Prozeßordnung lehnt sich in den Bestimmungen über die vorläufigen Sicherungsmittel eng an den gemeinen Prozeß an: in C I § 6 wurde die Real- und Personalarrestanlegung gestattet bei schlechtem Leumund des Schuldners oder wegen der Gefahr der Entziehung des Vermögens desselben. Das Verfahren fand mit abgekürzten peremptorischen Terminen statt, ohne besonderes summarisches Verfahren.

Auch die Vermischung des Sicherungsarrestes mit Exekutionsarrest, Arrest zur Begründung des forum arresti u. a. dauerte fort. —

Die „Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten vom 6. Juli 1793" bestimmte in Teil I, Titel 29, daß bei naher oder dringender Besorgnis, daß der Schuldner dem Gläubiger die Objekte seiner Sicherung oder künftigen Befriedigung entziehen werde (§ 30) zur Sicherstellung der Forderung, die der Kreditor zu verlieren besorgt, nach summarischer Prüfung der Beschaffenheit der Forderung und der Umstände, die die Besorgnis für den Gläubiger bewirken, Personal- oder Realarrest angeordnet werden kann. Der Vollzug des Arrestes besteht im allgemeinen in Dispositionsbeschränkung und Veräußerungsverbot und Rückgabeverbot an den Dritten, wie im gemeinen Prozeß. Dieser Arrest der allgemeinen Gerichtsordnung ist nicht, wie Peters S. 1

infolge des Irrtums, daß der Arrest der ZPO. eine antizipierte Zwangsvollstreckung sei, meint, ein schwächeres Sicherungsmittel als der der ZPO., denn beide sind keine Exekution, keine Realisierung der Ansprüche, sondern nur Sicherung derselben. Insoferne allerdings ist der Arrest der ZPO. stärker, als er ein Pfandrecht einräumt, während in der allgemeinen Gerichtsordnung durch den Arrest kein Vorzugsrecht unter mehreren Gläubigern begründet wurde (§ 87).

Am Ende des 18. Jahrhunderts bestand also ein Sicherungsarrest, jedoch noch keine Scheidung zwischen der Sicherung des Geldwertes und des Anspruchsgegenstandes selbst; der Zweck der einstweiligen Verfügung nach § 935 konnte nur indirekt dadurch erreicht werden, daß im Vollzug des Arrestes das gesicherte Vermögensstück mit dem Streitgegenstand identisch war.

„Die allgemeine bürgerliche Prozeßordnung vom 8. November 1850 für das Königreich Hannover" ist das erste Prozeßgesetz, welches nicht bloß Arrest, sondern auch einstweilige Verfügungen enthält.

Sie bestimmt in § 519, daß die einstweilige Verfügung nur stattfindet, wenn einem Teil ein unersetzlicher oder nicht leicht zu ersetzender Schaden bevorsteht. Durch die einstweilige Verfügung darf der Besitzstand womöglich nicht verändert werden und kein Teil zu größerer Leistung angehalten werden, als zur Abwendung des drohenden Schadens notwendig ist. Die Befolgung der gerichtlichen Anordnung ist nach § 523 durch Geldstrafen oder sonstige Zwangsmaßregeln zu erwirken. Der Arrest soll nach § 508 als persönlicher oder dinglicher aus sehr dringenden Gründen, und wenn der Kläger den Verlust eines bereits begründeten Klaganspruches oder eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung befürchten muß, gewährt werden. Die Vollstreckung soll wie die Zwangsvollstreckung geschehen.

Systematisch getrennt von der einstweiligen Verfügung und dem Arrest sind unter Titel 5 „Besitzprozeß" § 507, Provisorien zur Feststellung eines einstweiligen Zustandes im Besitzprozeß vorgesehen, wenn aus der fortdauernden Ausübung des Besitzes einer der Parteien eine Erschwerung oder Vereitelung der demnächstigen Regulierung des Besitzstandes zu befürchten ist.

Die Abgrenzung von Arrest und einstweiliger Verfügung ist noch ziemlich undeutlich; die einstweilige Verfügung nach § 519 f. erfüllt einen Teil der Aufgaben, die in der ZPO. den einstweiligen Verfügungen § 940 zukommen, und die Provisorien des § 519 sind dafür auf Besitzschutz ausschließlich beschränkt, wie beim possessorium summariissimum, wodurch die Entstehung der einstweiligen Verfügungen nach § 940 aus diesem deutlich wird; aber doch erscheinen die sämtlichen Sicherungsmittel der ZPO. zum ersten Male innerhalb eines Systems, wobei es der ZPO. gegenüber geradezu als ein Vorteil zu betrachten ist, daß die Provisorien zur Regelung eines einstweiligen Zustandes im System und auch dem Namen nach von den einstweiligen Verfügungen getrennt sind, denn sie sind, wie unten ausgeführt wird, ihrem Wesen nach von den einstweiligen Verfügungen zur Sicherung des Streitgegenstandes und dem Arrest vollständig verschieden.

Der preußische Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1864[1]), der um die gleiche Zeit wie der sogen. hannoverische Entwurf für die deutschen Bundesstaaten, für Preußen ausgearbeitet wurde, kennt den Personal- und Realarrest zur Sicherstellung eines Anspruchs, wenn die künftige Vollstreckung gefährdet ist oder eine erhebliche Erschwerung der

[1]) Entwurf einer Zivilprozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die preußischen Staaten von 1864, Berlin 1864.

Rechtsverfolgung zu besorgen ist" § 799, und in § 823 einstweilige Anordnungen, das sind „Vollstreckbare Anordnungen des Gerichtes bei Gefahr auf Verzug zum Zwecke der Erhaltung oder Sicherstellung des Rechtes vor der endgültigen Entscheidung über dasselbe oder zum Zwecke der vorläufigen Ordnung eines streitigen Rechtsverhältnisses".

Der Entwurf dehnt also den Geltungsbereich der Provisorien über den Besitzschutz hinaus auf alle streitigen Rechtsverhältnisse aus, wie in ZPO. § 940, bringt aber in der Unterscheidung zwischen einstweiliger Verfügung und Arrest keinen Fortschritt.

Auch die erste und zweite Lesung des sogen. Hannoverischen Entwurfes für die deutschen Bundesstaaten von 1864 und 1866[1]) bedeuten gegenüber der hannoverischen Prozeßordnung von 1850 keine Fortentwicklung: der Arrest dient zur Sicherung eines Anspruches, dessen Verfolgung vereitelt oder wesentlich erschwert würde § 534, und die einstweilige Verfügung zur Verhinderung eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens, oder wenn aus anderen Gründen die einstweilige Feststellung streitiger Verhältnisse erforderlich oder die Abwendung drohender Gewalttätigkeiten notwendig wird, § 555.

Ebensowenig bringt die „Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten des Königreich Bayern vom 29. April 1869" ein neues Entwicklungsstadium; sie faßt im XXIV. Hauptstück Art. 605—641 die Sicherung der künftigen Vollstreckung bei drohender Privatgewalt und wegen Gefahr auf Verzug zur Abwendung wesentlicher Nachteile unter dem Namen „Vorsichtsverfügungen" zusammen; jedoch prägt sie in Art. 607 die Begriffsmerkmale des Arrestes deutlich aus, wenn die Vorsichtsverfügungen „insbesondere zur Sicher-

[1]) Erste Lesung herausgegeben von Petersen und Struckmann, Hannover 1864. Zweite Lesung von Struckmann, Hannover 1866.

stellung einer Geldforderung oder eines sonstigen in Geld anschlagbaren Anspruchs" gewährt werden.

Der Entwurf einer Zivilprozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund von 1870 schließlich enthält in § 729 „Einstweilige Anordnungen", die in der causa vollständig den einstweiligen Verfügungen § 935 entsprechen und hinsichtlich des zu sichernden Rechtsgutes zum erstenmal den Ausdruck „in bezug auf den Streitgegenstand" gebrauchen, und ferner in § 740 „einstweilige Anordnungen", die den einstweiligen Verfügungen nach § 940 gleich sind. Der Arrest ist bestimmt zur Sicherstellung eines vermögensrechtlichen Anspruchs, die causa arresti ist die der ZPO. § 916.

Am Ende der geschichtlichen Entwicklung ergibt sich folgendes: die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ZPO. waren ursprünglich von dem im 13. Jahrhundert in Italien ausgebildeten Sicherungsarrest nicht unterschieden, insofern als alle gefährdeten Ansprüche nur durch Arrest gesichert werden konnten. Der Arrest erfüllte jedoch zum Teile in der Maßregel die Sicherung auch des gefährdeten Anspruchsgegenstandes selbst.

Mitte des 19. Jahrhunderts wurde der Arrest zur Sicherung von Ansprüchen und die einstweilige Verfügung oder einstweilige Anordnung zur Sicherung von Rechten unterschieden; erst im Entwurf für den Norddeutschen Bund bildete sich ein klarer Unterschied zwischen dem Arrest zur Sicherung des Geldwertes und den einstweiligen Verfügungen (Anordnungen) zur Sicherung des Streitgegenstandes selbst, die die ZPO. übernahm. Getrennt davon entwickelte sich, wie es ihrer vollständig anderen Natur entspricht, die einstweilige Verfügung des § 940; sie hat ihren Ursprung in dem gemein-rechtlichen possessorium summariissimum,

das seinerseits auf das interdictum uti possidetis zurückgeht, und war infolgedessen zunächst nur zur provisorischen Regelung des Besitzes, zum Besitzschutz, bestimmt. Die Erweiterung des Wirkungsbereiches auf vorläufige Regelung aller gefährdeten streitigen Rechtsverhältnisse erfolgte Mitte des 19. Jahrhunderts im preußischen Entwurf einer Zivilprozeßordnung von 1864, während die Bezeichnung „einstweilige Verfügung" erst in der ZPO. entstand.

§ 6. Änderung des Rechtes der einstweiligen Verfügungen und des Arrestes durch die Reichsgesetzgebung des Jahres 1900.

Es ist zu prüfen, inwiefern durch die neue Reichsgesetzgebung, insbesondere die Novelle zur ZPO. vom 20. Mai 1898 und das Bürgerliche Gesetzbuch im Rechte des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen eine Änderung eingetreten ist, damit die Verwendbarkeit der vor dieser Zeit liegenden reichen Literatur dargetan werden kann.

Die grundlegenden §§ 916—918, 935, 936, 940 sind unverändert geblieben mit der einzigen Einschränkung, daß § 916 Abs. II den Arrest ausdrücklich nicht nur für einen betagten, sondern auch für einen bedingten Anspruch zuläßt; diese Änderung trifft auch für die einstweiligen Verfügungen nach § 935 und 940 zu, da sich nach § 936 auch die Anordnung einstweiliger Verfügungen nach den Bestimmungen über den Arrest beurteilt, soweit nicht entgegengesetzte Vorschriften vorhanden sind.

Diese Bestimmung hat ihren Grund nicht im Wesen des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen, sondern entspringt den Wirkungen, die BGB. § 160 ff. dem bedingten Rechte beilegt[1]). Die Wirkungen bedingter Ansprüche konnten bisher nach dem Landesrecht verschieden sein, was auch eine

[1]) Begründung zur Novelle S. 189/190.

Verschiedenheit der Anwendung von Arrest und einstweiligen Verfügungen zur Folge hatte.

Durch die Kodifikation des BGB. wurde auch in dieser Hinsicht Einheitlichkeit für Arrest und einstweilige Verfügungen geschaffen.

Übrigens wurden auch vor dem 1. Januar 1900 ohne diese positiv rechtliche Bestimmung wenigstens hinsichtlich der resolutiv bedingten Ansprüche einstweilige Verfügungen und Arrest trotz des verschiedenen bürgerlichen Rechtes gewährt, hinsichtlich der suspensiv bedingten von der Mehrzahl der Schriftsteller mindestens dann, wenn Sicherheit geleistet wurde[1]). Ebenso sind die neuen Bestimmungen §§ 931, 934, 941, die nunmehr auch den Vollzug der Sicherungsmittel ins unbewegliche Vermögen regeln, der vor dem 1. Januar 1900 den Landesgesetzen überlassen bleiben mußte, eine Folge des BGB.

Es besteht infolgedessen auch hierin keine begriffliche Änderung der Sicherungsmittel.

Eine Neuerung durch die Novelle ist die Bestimmung des § 945 auf Leistung von Schadensersatz wegen ungerechtfertigter Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung ohne Verschulden.

Während bis zur Novelle die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung auch bei ungerechtfertigter Arrestanlage von einem Verschulden abhängig gemacht wurde[2]), wurde jetzt ohne zwingenden Zusammenhang mit dem BGB. eine Haftung ohne Verschulden eingeführt, beruhend auf dem Gesichtspunkt, daß derjenige, der eine noch nicht endgültige Entscheidung

---

[1]) Merkel S. 34, Werner S. 11, Dorndorf S. 2.

[2]) Bayer S. 71: die Verbindlichkeit des Impetranten zur Entschädigung wird keineswegs schon dadurch begründet, daß er unterliegt, sondern es müssen die allgemeinen Grundsätze über Dolus berücksichtigt werden. Ebenso RGE. Bd. 26, S. 606.

auf gerichtlichem Zwangsweg in Vollzug setzt, dies auf seine Gefahr tue.

Die übrigen Änderungen der Novelle erstrecken sich ausschließlich aufs Verfahren und sind weder für die Begriffsbestimmung der Sicherungsmittel, noch für das summarische Verfahren selbst von prinzipieller Bedeutung. Es ist also auch die vor Schaffung der neuen Reichsgesetze liegende Literatur noch nach dem 1. Januar 1900 beweiskräftig.

C. Die einstweiligen Verfügungen und der Arrest der ZPO.

§ 7. Das zu sichernde Rechtsgut.

a) Die einstweiligen Verfügungen § 935 und der Arrest.

I. Der Arrest findet nach § 916 ZPO. zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder eines Anspruches statt, der in eine Geldforderung übergehen kann.

Die Arrestanordnung setzt also einen Anspruch des Antragstellers gegen den Arrestgegner voraus und zwar, da nur Ansprüche auf Geldforderung oder solche, die in eine Geldforderung übergehen können, gesichert werden, einen materiell-rechtlichen Anspruch nach § 194 BGB.

Dies gilt gleichmäßig für den dinglichen und persönlichen Arrest; denn § 916 hebt die allgemeinen Begriffsbestimmungen für jeden Arrest hervor, und der persönliche Arrest nach § 918 unterscheidet sich begrifflich nicht vom dinglichen Arrest § 917, er ist lediglich ein subsidiäres Sicherungsmittel für den Fall, daß die Sicherung durch dinglichen Arrest nicht ausreicht.

Im Gegensatz zum Arrest ist für die einstweiligen Verfügungen nach § 935 ein „Anspruch" als Voraussetzung nicht ausdrücklich verlangt, sondern die Verfügung soll ergehen in bezug auf den Streitgegenstand zum Schutze des Rechtes einer Partei. Güthe[1]) zieht u. a. aus dem Ausdruck „In Beziehung auf den Streitgegenstand" den Schluß, daß auch bei den einstweiligen Verfügungen § 935 ein materiell-rechtlicher Anspruch Voraussetzung sei. Es enthält aber nicht jeder Streitgegenstand einen materiell-rechtlichen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten, da zwar jede Klage einen Streitgegenstand hat, aber nicht jede einen Anspruch im Sinne des § 194 BGB., d. i. das Recht, von jemand ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen, verfolgt; denn nur die Leistungsklagen, nicht aber die Feststellungs- und die Rechtsgestaltungsklagen[2]) enthalten einen Anspruch.

Aber aus der Bestimmung der einstweiligen Verfügungen, „die Verwirklichung des Rechts einer Partei" zu sichern, ergibt sich, daß sie einen materiell-rechtlichen Anspruch voraussetzen, denn die Verwirklichung des Rechtes einer Partei kann zwangsweise nur durch Zwangsvollstreckung geschehen; die einstweilige Verfügung dient also dazu, wie der Arrest, bei dem dieser Zweck ausdrücklich ausgesprochen ist, die Zwangsvollstreckung eines Rechtes zu sichern; der Zwangsvollstreckung aber sind nur Leistungsurteile fähig, und diese haben, wie erwähnt, stets einen materiell-rechtlichen Anspruch nach § 194 BGB. als Streitgegenstand. Es ergibt sich also gleichmäßig für die einstweiligen Verfügungen § 935 und den Arrest, daß sie als Sicherungsmittel der Zwangsvollstreckung einen Anspruch nach § 194 BGB. voraussetzen

[1]) Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, Bd. 24 S. 366.

[2]) Wie Gaupp-Stein vor § 253 S. 530 die Klagen auf Erreichung eines rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden richterlichen Aktes nennt.

und deshalb bei Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen nicht anwendbar sind.

Im Resultat besteht hierüber in der Literatur Einhelligkeit; Seuffert, vor § 916 S. 644: Einstweilige Verfügung ist eine gerichtliche Anordnung zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs. Gaupp-Stein bei § 935 S. 817: § 935 setzt voraus als Gegenstand der Sicherung einen Anspruch in bezug auf einen Streitgegenstand. RGE. 16. Januar 1882, J. W. S. 54: die Voraussetzungen, unter welchen die einstweilige Verfügung zu erlassen ist, ein zu sichernder Anspruch . . . sind in beiden Fällen (nämlich bei §§ 935 und 940) dieselben[1]).

Da also die durch einstweilige Verfügungen § 935 zu sichernden Ansprüche materiell-rechtliche Ansprüche auf Tun oder Unterlassen nach § 194 BGB. sind, ergeben sich hinsichtlich derselben gleichmäßig folgende weitere Voraussetzungen:

1. Die Ansprüche müssen klagbar sein, denn nur klagbare Ansprüche können Streitgegenstand sein und durch Zwangsvollstreckung verwirklicht werden, also auch nur solche durch einstweilige Verfügungen gesichert werden; deshalb scheiden alle Ansprüche aus obligatio naturalis aus.

2. Jedoch ist Rechtshängigkeit des Anspruches bei einstweiligen Verfügungen und Arrest, trotzdem in § 935 ein „Streitgegenstand" vorausgesetzt wird, nicht notwendig, denn § 926, der nach § 936 auch für die einstweilige Verfügung gilt, bestimmt, daß die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, wenn die Hauptsache nicht anhängig ist, zur Erhebung der Klage durch Fristsetzung gezwungen werden kann.

[1]) Ebenso Wilmowski-Levy 7. Aufl. 1895, S. 1160, Petersen-Anger § 935 S. 687, Struckmann-Koch § 935 S. 354, Peters S. 78, Merkel S. 222, Güthe a. a. O. S. 336, Dorendorf S. 141, Endemann Bd. 3 vor § 796 S. 348, Reincke § 935.

3. Die Ansprüche müssen der Vollstreckung nach den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung fähig sein, deshalb gehören die Ansprüche, die nach § 888 Abs. 2 ZPO. zwar klagbar, aber nicht vollstreckbar sind, nicht hierher; ebenso scheidet eine Sicherung der Zwangsvollstreckung des § 989 der ZPO. durch einstweilige Verfügung oder Arrest aus, weil hier stets die Zwangsvollstreckung selbst beginnen kann, nachdem ein Urteil vorliegt, vor Erwirkung dieses Urteils aber die Sicherung nicht in Betracht kommt. Dagegen sind Ansprüche, die nach §§ 888 Abs. 1, 890 vollstreckt werden, von der Sicherung nicht ausgeschlossen, denn es liegt auch hier Zwangsvollstreckung vor, die geschützt werden kann, wenn auch nicht die gewöhnliche.

4. Endlich sind einstweilige Verfügungen und Arrest zur Sicherung bedingter und betagter Ansprüche zulässig, wenn auch bei § 935 eine derartige ausdrückliche Bestimmung, wie bei § 915 fehlt. Denn nach § 936 finden nicht bloß die Vorschriften über das Arrestverfahren, sondern auch die über die Arrestanordnung auf die einstweilige Verfügung Anwendung, soweit die Spezialbestimmung über die einstweiligen Verfügungen nicht entgegenstehen[1]).

II. Die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in §§ 916, 917, 918 und 935 hat also ihren Grund nicht in der Verschiedenheit des zugrunde liegenden Anspruches, denn einstweilige Verfügung und Arrest setzen beide einen klagbaren, vollstreckungsfähigen, materiell-rechtlichen Anspruch voraus, sondern in der Verschiedenheit des Anspruchsgegenstandes und in der damit zusammenhängenden Verschiedenheit der Sicherung dieses Anspruches.

Arrest ist nach § 916 zulässig wegen einer Geldforde-

[1]) So auch RGE. vom 7. Oktober 1897 J. W. S. 587, Gaupp-Stein § 935 S. 817 und die übr. Komm.

rung oder wegen eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann.

Die Abgrenzung der Ansprüche auf eine Geldforderung ist klar; es gehören hierher nur Ansprüche, die auf Zahlung einer Geldsumme gehen, nicht also auf Herausgabe von Geldmünzen.

Weiter aber sichert der Arrest auch Ansprüche, welche in eine Geldforderung übergehen können. Grundsatz ist, daß der Arrest nur zur Sicherung von Werten dient[1]). Er schützt also nicht den Anspruch, der in eine Geldforderung übergehen kann, selbst, sondern nur den Geldwert dieses Anspruchs. Deshalb ist die Voraussetzung desselben, daß er in eine Geldforderung übergehen kann. Es ist nicht erforderlich, daß der Anspruch schon in eine Geldforderung übergegangen ist, und der Berechtigte statt des ursprünglichen Anspruches bereits die Ersatzleistung in Geld fordern kann, aber es muß die Möglichkeit bestehen, den Geldwert anzuschlagen, ehe der Arrest verhängt ist[2]); der Arrest geht nur auf Sicherung der event. Geldleistung, infolgedessen muß dieselbe ihrer Höhe nach bereits annähernd bestimmt sein.

Der Anspruch auf Geldleistung ist vermögensrechtlich, ebenso aber ist der Anspruch, der in eine Geldforderung übergehen kann, stets vermögensrechtlich, und es hat nicht bloß die Ersatzleistung, sondern auch der Anspruch selbst bereits einen Vermögenswert.

Der Arrest sichert also nur den Wert von vermögensrechtlichen Ansprüchen.

Gaupp-Stein bei § 916: Der Anspruch muß ein vermögensrechtlicher sein, der direkt auf Geld geht oder

---

[1]) Motive S. 447, Hahn, Materialien S. 470.

[2]) So Motive zu § 741 des Entwurfes.

doch geeignet ist, später in eine Geldforderung, Interessenforderung, überzugehen.

Petersen-Anger bei § 916 S. 653: Bei Ansprüchen auf nicht schätzbare oder nicht vermögensrechtliche Leistungen ist für den Arrest kein Raum.

Merkel S. 23/24: Die Möglichkeit der Arrestlegung fällt ... weg bei rein familienrechtlichen, bei Statusansprüchen, sowie bei Ansprüchen auf unschätzbare Leistungen, vielmehr beschränkt sich dieselbe auf die Ansprüche, welche die ZPO. selbst in §§ 21, 24, 40, 508 als vermögensrechtliche bezeichnet. ... Der vermögensrechtliche Anspruch ist immer ein solcher, der in eine Geldforderung übergehen kann.

Peters S. 3: Der alleinige Zweck des Arrests ist die Sicherung der Zwangsvollstreckung ins bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs, welcher in eine Geldforderung übergehen kann, mit anderen Worten wegen aller vermögensrechtlichen Ansprüche[1]).

Auch aus § 916 Abs. II ergibt sich, daß nur vermögensrechtliche Ansprüche durch Arrest gesichert werden können, weil für bedingte Ansprüche ein gegenwärtiger Vermögenswert erfordert wird, was um so mehr für unbedingte notwendig ist.

Von der Art des Anspruchs ist zu unterscheiden, aus welchem Rechtsverhältnis derselbe entstanden ist. Vermögensrechtlich sind nicht bloß Ansprüche, die sich aus vermögensrechtlichen Rechtsverhältnissen ableiten, sondern auch solche aus nicht vermögensrechtlichen Verhältnissen, wenn sie nur eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand haben[2]).

---

[1]) Ebenso Dorendorf S. 140 o., Werner S. 11, Endemann Bd. III S. 350.

[2]) RGE. 1900 J. W. S. 853.

Deshalb sichert der Arrest auch den Wert von Ansprüchen, die aus Familien- und Statusrechten entstehen, wenn sie vermögensrechtlicher Natur sind.

Die auf Verwandtschaft gegründeten Unterhalts- oder Aussteueransprüche, das Namensrecht des BGB. und Firmenrecht des HGB. z. B. entspringen nicht dem Vermögensrecht; der familienrechtliche Unterhaltsanspruch geht aber auf eine Geldforderung und kann deshalb nach § 916 Abs. I als solche geschützt werden; der Aussteueranspruch gegen die Eltern hat Vermögenswert, und es kann deshalb sein Wert nach § 916 Abs. I zweite Eventualität geschützt werden. Das Firmenrecht und Namensrecht dagegen hat ursprünglich keinen Vermögenswert, jedoch können Schadensersatzansprüche durch rechtswidrige Verletzung dieser Rechte entstehen. Diese Ersatzansprüche sind als vermögensrechtliche Ansprüche auf Geldleistung durch Arrest zu sichern. Jedoch liegt hier der Anspruch auf Geldleistung nicht ohne weiteres in der Verletzung des Anspruchs auf den Namen oder die Firma, denn solche Verletzungen sind möglich, ohne daß ein Vermögensschaden entsteht; deshalb genügt die Verletzung als solche nicht, um Arrest im Gefährdungsfalle zu begründen, es kann nicht der Wert des Namens- oder Firmenrechtes geschützt werden, sondern nur der durch Verletzung entstandene, zum mindesten bedingte oder betagte Anspruch auf Schadensersatz. Es liegt demnach in diesen Fällen nicht die Sicherung des Wertes eines Anspruches, der in eine Geldforderung übergehen kann, vor, sondern nur die Sicherung eines Anspruches auf Geldforderung direkt, weil auf das nicht vermögensrechtliche Namens- oder Firmenrecht nicht zurückgegangen werden kann.

Es ist deshalb zum mindesten mißverständlich, wenn in der Literatur teilweise ohne nähere Einschränkung status- und familienrechtliche Ansprüche von der Sicherung durch

Arrest ausgeschlossen werden [1]), denn auf Status- und Familienrecht gegründete Ansprüche können nach dem Obigen wohl vermögensrechtlicher Natur sein und mit Arrest geschützt werden.

Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 sind bestimmt, durch Maßregeln in Beziehung auf den Streitgegenstand die Verwirklichung des Rechtes einer Partei zu schützen. Auch sie setzen, wie festgestellt, gleich dem Arrest einen materiell-rechtlichen Anspruch des Antragstellers gegen denjenigen voraus, gegen den die einstweilige Verfügung erlassen werden soll. Die Verschiedenheit des Wortlautes in beiden Bestimmungen liegt also nicht im Unterschied des Anspruches, sie liegt in dem Unterschied des Anspruchsgegenstandes und des Sicherungszwecks.

Die Motive haben auf S. 447 [1]) den Unterschied folgendermaßen wiedergegeben: Arrest dient zur Sicherung von Werten, einstweilige Verfügungen zur Sicherung von einer Individualleistung.

Fast die ganze Literatur hat diese Prägung mit geringen Variationen aufgenommen: Gaupp-Stein vor § 916 S. 776: Die einstweiligen Verfügungen dienen zunächst ebenfalls dem Sicherungszweck und zwar entweder nach § 935 der gefährdeten Sicherung eines Anspruches auf Individualleistung oder . . . Petersen-Anger, Vorbemerkungen von § 916 S. 650: Der Arrest erfolgt zum Schutze einer Geldforderung, die einstweilige Verfügung soll eine sogenannte Individualleistung sichern. Güthe a. a. O. S. 367: Der § 814 (935) setzt Ansprüche auf eine Individualleistung voraus. RGE. J. W. 1888 S. 16: Arrest und einstweilige Verfügung unterscheiden sich voneinander in ihren Voraussetzungen nur

---

[1]) So Reincke bei § 916 S. 829 Mitte.

[1]) Hahn, Materialien Teil I S. 470.

dadurch, daß der Arrest die Beitreibung einer Geldforderung sichern soll, die einstweilige Verfügung die einer Individualleistung. Dorendorf S. 140: Während der Arrest auf die Sicherung einer Geldforderung . . . abzielt, dient die einstweilige Verfügung zur Sicherung einer Individualleistung[1]).

Zur Feststellung des Anspruchsgegenstandes der einstweiligen Verfügungen ist von dem bereits ermittelten Anspruchsgegenstand des Arrestes auszugehen.

Der Arrest sichert eine Geldforderung, also keinen bestimmten Anspruchsgegenstand, sondern nur einen bestimmten Wert, die Beitreibung des Geldwertes, den der Anspruch selbst hat.

Dies ergibt sich auch aus dem Arrestvollzug § 928/930, wonach der Zweck des Arrestes durch Pfändung erreicht wird, und diese Pfändung „Nach den Grundsätzen wie jede andere Pfändung" erfolgt. Die Pfändung ergreift also irgendein Vermögensstück, und es wäre rein zufällig, wenn dies der Streitgegenstand selbst wäre.

Der Arrestbefehl muß also nach dem Wesen des Arrestes stets auf eine Geldsumme lauten.

Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 dagegen sollen in einer Verfügung in Beziehung auf den Streitgegenstand bestehen; diese Verfügung in Beziehung auf den Streitgegenstand soll nach § 935 den Zweck haben, die Vereitlung oder wesentliche Erschwerung des Rechtes der beantragenden Partei, und zwar, da sie in Beziehung auf den Streitgegenstand selbst ergeht, des Rechtes auf den Streitgegenstand verhindern. Deshalb kann die einstweilige Verfügung nicht bloß in der Sicherstellung irgendeines

[1]) Ebenso Merkel S. 225, Peters S. 77, RGE. 1900 J. W. S. 661 Nr. 12.

Vermögensstücks des Schuldners bestehen, sondern der Streitgegenstand selbst muß durch die Maßregel gesichert werden.

Hinsichtlich dieses Zweckes der einstweiligen Verfügungen besteht Übereinstimmung in Literatur und Praxis; welche Arten von Streitgegenständen jedoch der Sicherung durch einstweilige Verfügungen unterstehen, wird nicht gleichmäßig behandelt.

Merkel definiert S. 226 Individualleistung als das Tun und Lassen, welches den Inhalt des prima facie begründeten Anspruchs des Antragstellers bildet.

Daraus möchte man den Schluß ziehen, daß er alle Arten von Ansprüchen einbeziehen will; trotzdem aber schränkt er S. 222 den Geltungsbereich der einstweiligen Verfügungen auf vermögensrechtliche Ansprüche ein[1]). A. M. Petersen-Anger bei § 935 S. 687: Einstweilige Verfügungen dienen zur Sicherung einer Individualleistung, gleichgültig ob sie einen vermögensrechtlichen Inhalt hat oder nicht, und ob sie in einem Handeln oder Unterlassen besteht. Seuffert bei § 935 S. 681: Welcher Art von Rechtsverhältnissen der Anspruch entspringt, ist einerlei, es können insbesondere auch wegen sachen- und familienrechtlicher Ansprüche einstweilige Verfügungen erlassen werden. Endemann Bd. III bei § 814 S. 381: Im übrigen — von Sicherung des Geldwertes abgesehen — erscheint eine einstweilige Verfügung überall anwendbar, wo es gilt von einer Sache oder Person oder von einem Rechtsverhältnis, das den Streitgegenstand ausmacht, eine benachteiligende Veränderung abzuhalten.

[1]) Um sie — nämlich die einstweiligen Verfügungen nach § 935 — zu verlangen, muß der Antragsteller einen vermögensrechtlichen Anspruch haben, denn ein Streitgegenstand im Sinne der ZPO., nämlich eine Sache, eine Forderung, ein Pfandrecht oder eine Grunddienstbarkeit (§§ 6, 7 ZPO.), findet sich bloß bei vermögensrechtlichen Ansprüchen.

Der Wortlaut des § 935 als solcher gibt keinen Anlaß, irgendwelche Arten von Ansprüchen — abgesehen von den festgestellten Erfordernissen der Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit derselben — auszuschließen. Jeder Anspruch, der Streitgegenstand sein kann, müßte nach dem Wortlaut unter § 935 fallen.

Die Abgrenzung der zum Schutze durch einstweilige Verfügungen nach § 935 geeigneten Ansprüche ergibt sich aus dem Gegensatz zum Arrest. Es scheiden alle Ansprüche auf Geldleistung bei der einstweiligen Verfügung aus, weil zu deren Sicherung der Arrest bestimmt ist. Wären Geldforderungen nicht der Sicherung durch Arrest vorbehalten, so würde ihrer Sicherung durch einstweilige Verfügung der Wortlaut des § 935 nicht entgegenstehen, denn auch „in Beziehung auf" eine Geldforderung wären Verfügungen, welche die „Verwirklichung des Rechtes einer Partei" vor Vereitlung oder Erschwerung schützen, denkbar. Dagegen scheiden diejenigen Ansprüche nicht aus, welche in eine Geldforderung übergehen können, solange dieser Übergang nicht erfolgt ist, denn der Arrest sichert nur den Wert dieser Ansprüche, die Sicherung der Ansprüche selbst aber muß möglich sein, weil sich kein Berechtigter auf den Ersatzanspruch verweisen lassen muß; sie geschieht durch die einstweiligen Verfügungen nach § 935[1]). Wenn also ein vermögensrechtlicher Anspruch gefährdet ist, der in eine Geldforderung übergehen kann, so dient der Arrest zur Sicherung des Geldwertes dieses Anspruchs und die einstweilige Verfügung zur Sicherung des ursprünglichen Anspruches selbst. Da der Gläubiger bereits wegen eines gefährdeten Anspruches Arrest erlangen kann, ehe die Ersatzleistung an Stelle des ursprünglichen Anspruchs

[1]) So auch Petersen-Anger vor § 916 S. 650 RGE., J. W. 1888 S. 16 Nr. 13, ferner Seufferts Archiv Bd. 50 Nr. 225 S. 369.

getreten ist (cf. o. S. 46) und da zugleich wegen des gefährdeten Anspruches selbst einstweilige Verfügung ergehen kann, so steht in diesem Falle dem Gläubiger die Wahl frei, ob er die Realisierung des Anspruches selbst durch einstweilige Verfügung oder nur den Geldwert desselben durch Arrest sichern will.

Liegt aber ein vermögensrechtlicher Anspruch vor, der in keine Geldleistung übergehen kann, oder ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch, so ist ausschließlich die einstweilige Verfügung nach § 935 möglich, weil die Sicherung derartiger Ansprüche durch Arrest unzulässig ist.

Es beschränkt sich also die einstweilige Verfügung nicht, wie die angeführte Literatur ohne Begründung annimmt, auf vermögensrechtliche Ansprüche. Auch die Gründe, welche Merkel als einziger hierfür angibt, daß ein Streitgegenstand im Sinne der ZPO., nämlich eine Sache, eine Forderung, ein Pfandrecht oder eine Grunddienstbarkeit § 6, 7 ZPO. sich bloß bei vermögensrechtlichen Ansprüchen finde, schlägt nicht durch, denn es liegt wohl jeder Klage ein Streitgegenstand, aber nicht jeder ein Anspruch, viel weniger ein vermögensrechtlicher Anspruch zugrunde (cf. oben S. 41). Zudem soll § 6, 7 ZPO. nicht eine erschöpfende Aufzählung aller nach der ZPO. möglichen Streitgegenstände geben, sondern nur Richtpunkte für die Berechnung des Streitwertes.

Es dient also die einstweilige Verfügung nach § 935 zur Sicherung aller Ansprüche, welche nicht auf Geldforderung gehen, gleichgültig ob sie vermögensrechtlich sind oder nicht[1]).

[1]) RGE. J. W. 1900 S. 661 Nr. 12 ... es handelt sich ... um eine Individualleistung, welche vom Beklagten gefordert wird. Dem Schutz des Anspruchs auf solche Leistung aber, mag sie im übrigen vermögensrechtlicher Natur sein oder nicht, dient die einstweilige Verfügung.

Durch einstweilige Verfügung kann also z. B. das erwähnte Namens- oder Firmenrecht geschützt werden, ohne daß, wie beim Arrest, durch die Verletzung derselben ein Anspruch auf Schadensersatz entstanden sein muß.

Aber auch abgesehen vom Vermögenswert der Ansprüche sind nicht bestimmte Arten von Ansprüchen der Sicherung durch einstweilige Verfügung vorbehalten.

Die Bezeichnung „Individualleistung" hat dazu geführt, daß speziell in der Praxis der Untergerichte bei sachenrechtlichen Ansprüchen nur Speziessachen und nur unvertretbare Leistungen der Sicherung durch einstweilige Verfügung für fähig gehalten wurden. Ebenso Wach in der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Brinz und Pözl, Bd. 15 S. 373: „Welchen Sinn hat es, bei Gefährdung eines Anspruches auf Herausgabe einer Spezies die arrestatorische Maßregel bezüglich dieser selbst einstweilige Verfügung, die bezüglich anderer Exekutionsobjekte zur Sicherung der Interesseforderung Arrest zu nennen?"

Auch in der übrigen Literatur, welche den Ausdruck Individualleistung nicht ohne weiteres aufgenommen hat, wird er lediglich umschrieben und der Eindruck hervorgebracht, daß nur ganz bestimmte Arten von Ansprüchen durch einstweilige Verfügung gesichert werden können. So Gaupp-Stein bei § 935 S. 817 o.: Es muß . . . stets ein bestimmter Streitgegenstand vorhanden sein, an dem sich die einstweilige Verfügung betätigen kann. Struckmann-Koch bei § 935 S. 355: „In Beziehung auf den Streitgegenstand" — hiermit ist bereits ausgedrückt, daß es sich um die Sicherung des Anspruchs auf eine individuelle Leistung oder eines dinglichen Rechtes handeln muß. Fitting § 127 S. 687: Die einstweiligen Verfügungen unterscheiden sich vom Arrest dadurch, daß sie nicht die Erlangung einer Geld-

leistung bezw. des bloßen Geldwertes einer anderen Leistung, sondern die wirkliche Erlangung einer individuell bestimmten Leistung sichern sollen.

All diese Stellen scheinen auszudrücken, daß für die zu sichernden Ansprüche eine bestimmte Eigenart vorliegen muß.

Individualisiert wird aber der Anspruch nur dadurch, daß seine Art und sein Umfang durch die Geltendmachung des Berechtigten auf Grund des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses festgelegt wird; doch ist dies keine Eigentümlichkeit bestimmter Ansprüche, sondern jeder Anspruch wird durch das Rechtsverhältnis zu einem solchen Individualanspruch und jede Leistung zur Individualleistung[1]). Der Ausdruck Individualleistung, der schon deshalb besser nicht verwendet wird, weil er keine juristische Begriffsbestimmung gibt, wäre dem allgemeinen Sprachgebrauch nach als eine Leistung von bestimmter Eigenart zu definieren. Die sogenannten Individualleistungen aber, die durch einstweilige Verfügungen gesichert werden, sind alle Leistungen, welche nicht Geldleistungen sind. Nachdem keine Einschränkung auf bestimmte Arten von Ansprüchen vorliegt, ist auch die erwähnte Ausdrucksweise Gaupps, daß stets ein bestimmter Streitgegenstand vorhanden sein muß, ungenau, denn unbestimmte Streitgegenstände gibt es überhaupt nicht.

Die Verwendung der Bezeichnung Individualleistung als Gesamtbegriff für die durch einstweilige Verfügungen zu sichernden Ansprüche hat es notwendig gemacht, daß das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung J. W. 1888 S. 16 Nr. 23, um eine richtige Abgrenzung der unter dem Schutz der einstweiligen Verfügung stehenden Ansprüche geben zu

[1]) RGE. J. W. 1888, S. 16 Nr. 23: Der aus dem verletzten Rechte des Eigentümers entspringende Anspruch geht zunächst immer auf eine Individualleistung.

können, wider den allgemeinen Sprachgebrauch jede nicht auf Geldforderung gehende Leistung „Individualleistung" nennt.

Nachdem also der einzige Gegensatz zwischen den einstweiligen Verfügungen nach § 935 und dem Arrest hinsichtlich des zugrunde liegenden Anspruches der ist, daß der Arrest zur Sicherung von Geldforderungen, die einstweilige Verfügung zur Sicherung aller anderen Forderungen bestimmt ist, wird dieser Unterschied am prägnantesten so ausgedrückt: Der Arrest dient zur Sicherung der Geldforderungen oder des Wertes von vermögensrechtlichen Ansprüchen, die einstweilige Verfügung dient zur Sicherung aller Ansprüche, die nicht auf Geldforderung gehen.

b) Die einstweiligen Verfügungen nach § 940.

Die einstweiligen Verfügungen nach § 940 sind, wie sich schon aus dem geschichtlichen Teil ergibt, ein vom Arrest und, trotz des gleichen Namens, auch von den einstweiligen Verfügungen des § 935 verschiedenes Gebilde.

Ob auch sie wie die einstweiligen Verfügungen § 935 und der Arrest einen materiell-rechtlichen Anspruch des Antragstellers zur Voraussetzung haben, ist streitig.

Gaupp-Stein bei § 940 S. 825: Gleichgültig ist, ob das Rechtsverhältnis schon einen Anspruch (§ 194 BGB.) erzeugt hat oder je erzeugen wird . . . und ob das Rechtsverhältnis ein solches unter den Parteien ist. Dorendorf S. 149: Auch für die Provisorien ist das Bestehen eines Anspruchs, welcher zur Geltendmachung in einem Rechtsstreit geeignet ist, Voraussetzung. Petersen-Anger bei § 940 S. 696: Daß aus dem Rechtsverhältnis ein Anspruch erwächst . . . wird nicht vorausgesetzt, desgleichen nicht, daß das Rechtsverhältnis gerade zwischen den Parteien besteht, Reincke § 940 S. 849: Das streitige Rechtsverhältnis kann auf jedem be-

liebigen Gebiete auch außerhalb des Vermögensrechtes im Bereiche des Familien- oder Statusrechtes liegen, und es bleibt außer Frage, ob daraus ein bestimmter Anspruch bereits für den Antragsteller erwachsen ist. Güthe a. a. O. S. 360, ebenso (wie bei einstweiligen Verfügungen § 935) verlangt auch der § 819 (§ 940) einen bestimmten Anspruch, denn der Paragraph spricht von einem „streitigen Rechtsverhältnis". Jedes Rechtsverhältnis aber, bezüglich dessen ein Streit zwischen den Beteiligten ausgebrochen ist, erzeugt einen Anspruch[1]). RGE. J. W. S. 54: Die Voraussetzungen, unter welchen die einstweilige Verfügung zu erlassen ist, ein zu sichernder Anspruch und die die Ergreifung von Sicherungsmaßregeln rechtfertigende Gefahr sind in beiden Fällen (§§ 935 und 940) dieselben.

Dagegen RGE. vom 19. April 1900 S. A. Bd. 46 Nr. 158 S. 248: Es genügt im Sinne des § 819 (§ 940), daß überhaupt ein Rechtsverhältnis, z. B. Besitz, streitig ist, mag auch eine unmittelbare rechtliche Beziehung unter den Beteiligten nicht bestehen. Der Paragraph setzt nicht ein unter den Beteiligten bestehendes Rechtsverhältnis voraus. Dieses streitige Rechtsverhältnis ist im vorliegenden Fall das vom Beklagten beanspruchte Ausbeutungsrecht, welches mit dem durch die eingetragene Vormerkung auch Dritten gegenüber gesicherten Recht des Klägers auf Erwerb des ungeschmälerten Grundstücks kollidiert.

Nach dem Wortlaut des § 940 bezwecken die einstweiligen Verfügungen die Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile.

Ein Rechtsverhältnis, d. i. ein durch die Herrschaft der Rechtsnorm über einen konkreten Tatbestand als Rechtsfolge

[1]) Ebenso Wilmowski-Levy S. 1160, Merkel S. 222.

dieses Tatbestandes entstandenes rechtliches Verhältnis einer Person zu einer anderen oder zu einer Sache, ist also unbestrittenermaßen Voraussetzung der einstweiligen Verfügung. Es ist aber, nachdem Schmidt in der zweiten Auflage seines Lehrbuches S. 302[1]) die Anschauung der ersten Auflage S. 686 geändert hat, Übereinstimmung darüber, daß ein Rechtsverhältnis nicht notwendig einen Anspruch erzeugen muß, sondern daß es Rechtsverhältnisse gibt, die noch nicht oder nie einen Anspruch enthalten, denn es ergibt sich nicht aus jedem Rechtsverhältnis ein Recht, von jemand ein Tun oder Lassen zu verlangen (§ 194 BGB.), z. B. sind Rechte, denen eine reale Leistung oder Unterlassung des Verpflichteten überhaupt nicht entspricht, das Kündigungsrecht, das Aufrechnungsrecht, Vorkaufsrecht, Wiederkaufsrecht.

Bei einstweiligen Verfügungen § 940 ist ein *streitiges* Rechtsverhältnis Erfordernis. Daraus zieht Güte an der zitierten Stelle den Schluß, daß ein bestimmter Anspruch vorhanden sein müsse, weil jedes Rechtsverhältnis, bezüglich dessen Streit besteht, einen Anspruch erzeugt. Es kann aber das erwähnte Kündigungsrecht u. s. w. streitig sein, ohne daß sich daraus für die Beteiligten irgendwelche Verpflichtung zum Tun oder Lassen ergibt. Der Begriff des Anspruches, wie ihn das BGB. aufgenommen hat, verlangt nicht bloß eine *Berechtigung*, bei absoluten Rechten ein Recht gegen jedermann (Windscheid), oder daß jemand dieses Recht bestreitet, sondern daß aus dieser Berechtigung heraus ein anderer zu einem Tun oder Lassen verpflichtet ist.

Es läßt sich also nicht aus dem Wortlaut folgern, daß

[1]) Jedes Recht, jeder Anspruch ist auch ein Privatverhältnis, aber andererseits werden als Rechtsverhältnisse auch rechtlich geregelte Beziehungen bezeichnet, bei denen man noch nicht an einen bestimmten Inhalt der Rechtsherrschaft oder erst recht nicht an eine bestimmte Leistungspflicht einer bestimmten Person denkt.

ein Anspruch nach § 194 BGB. wie bei den einstweiligen Verfügungen § 935 und bei Arrest, so auch bei den einstweiligen Verfügungen § 940 Voraussetzung ist; jedoch ergibt es sich aus dem Wesen der einstweiligen Verfügung.

Die einstweiligen Verfügungen sollen einen einstweiligen Zustand in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis ordnen; sie sind also vorläufige Maßnahmen, denen logischerweise, wenn nicht eine gütliche Einigung eintritt, eine definitive Regelung auf dem Zwangswege folgen muß.

Sowohl für die provisorische Regelung durch einstweilige Verfügung, als insbesondere für die definitive Regelung bedarf es einer rechtlichen Unterlage, und zwar kann die zwangsweise Regelung nur durch Klage und Zwangsvollstreckung geschehen. Allerdings kann man aus der Notwendigkeit der Klage nicht den Schluß ziehen, daß ein Anspruch zwischen dem Antragsteller und demjenigen, gegen welchen die einstweiligen Verfügungen beantragt werden, notwendig ist, da es — wie erwähnt — Klagen ohne materiell-rechtliche Ansprüche gibt. Da aber zur Durchführung der definitiven Ordnung der Verhältnisse auch die Zwangsvollstreckung notwendig ist, und diese nur zugunsten eines durch Leistungsklage rechtskräftig festgestellten, materiell-rechtlichen Anspruches geschehen kann, so setzt die einstweilige Verfügung ebenfalls einen materiell-rechtlichen Anspruch voraus.

Eine Klage zur definitiven Entscheidung des streitigen Rechtsverhältnisses ist erfordert, wenn nicht eine gütliche Einigung erfolgt, denn die Bestimmungen §§ 926, 936 über Fristsetzung zur Klagestellung finden auch auf § 940 Anwendung. Diese Klage kann, wie erwähnt, keine solche ohne materiell-rechtlichen Anspruch sein, weil sie die zwangsweise Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses bezwecken soll, welche nur durch Zwangsvollstreckung geschieht. Der Zweck der Bestimmungen des § 926 ist, dem durch die einst-

weilige Verfügung Betroffenen eine Handhabe zur Überführung des Provisoriums in ein Definitivum zu bieten. Eine Feststellungsklage aber würde diesen Zweck ebensowenig fördern, wie eine Rechtsgestaltungsklage, da beide keiner Zwangsvollstreckung der Entscheidung fähig sind; das Provisorium würde dann nicht durch Zwangsvollstreckung in ein Definitivum übergeführt werden können, der Beklagte würde höchstens im Falle der Klageabweisung eine Aufhebung der einstweilige Verfügung erreichen können, weil die Gründe für die Erlassung derselben durch die Urteilsfeststellungen hinfällig werden.

Es ist deshalb entgegen RGE. Gruchot, Beitr. 51 S. 1083 und Gaupp-Stein bei § 926 S. 801 der Meinung Merkels S. 178 beizutreten, daß eine Feststellungsklage und unter denselben Gesichtspunkten eine Rechtsgestaltungsklage den Erfordernissen des § 926 ZPO. nicht genügen.

Die Voraussetzungen für die Klageerhebung, hier also der Leistungsklage, müssen aber bereits bei der Anordnung der einstweiligen Verfügung vorhanden sein; denn falls die Klage noch nicht erhoben ist, so kann im Wege der §§ 926, 936 ein Zwang zur Erhebung derselben bei Vermeidung der Aufhebung der einstweiligen Verfügung ausgeübt werden, also muß der materiell-rechtliche Anspruch, den die Leistungsklage voraussetzt, bei Anordnung der einstweiligen Verfügung, wenn auch betagt oder bedingt, bereits vorliegen. Und zwar muß der Anspruch zwischen dem Antragsteller und demjenigen, gegen den die einstweilige Verfügung gefordert wird, bestehen, denn nur der Antragsteller kann in diesem Verfahren im Wege des § 926 zur Klagestellung bestimmt werden, und nur gegen den mit der einstweiligen Verfügung Beschwerten kann sich die Klage richten und nicht gegen einen Dritten, mit dem der Kläger etwa ein streitiges Rechtsverhältnis hat, welches den durch einstweilige Verfügung geregelten einstweiligen Zustand veranlaßt.

Insofern nämlich ist der zitierte RGE. S. A. Bd. 46 S. 248 beizupflichten, daß das im § 940 erwähnte streitige Rechtsverhältnis nicht stets zwischen dem Antragsteller und dem von der einstweiligen Verfügung Betroffenen bestehen muß. In dem dort erwähnten Falle hat der Kläger ein Dritten gegenüber gesichertes Recht auf Erwerb des ungeschmälerten Eigentums an einem Grundstück; der Beklagte behauptet, an diesem Grundstück ein Ausbeutungsrecht zu besitzen. Es besteht also zwischen dem Kläger und dem Beklagten kein Rechtsverhältnis. Solange der Beklagte nicht gegen das Recht des Klägers auf ungeschmälertem Eigentumserwerb durch Ausübung seines angeblichen Ausbeutungsrechtes verstößt, besteht kein Anspruch des Klägers nach § 194 BGB. gegen ihn; der Kläger kann lediglich mit Feststellungsklage (§ 256) gegen den Beklagten vorgehen und hat also auch keine Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung nach § 940 zu fordern.

Sobald aber der Beklagte durch Ausübung seines angeblichen Ausbeutungsrechtes das Recht des Klägers verletzt, kann — die übrigen Erfordernisse vorausgesetzt — eine einstweilige Verfügung erlassen werden.

In diesem Falle tritt *neben* das Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Grundstückseigentümer ein auf der dinglichen Natur ihrer Rechte ruhender Anspruch des Klägers gegen den Beklagten.

Demnach ist es nicht Erfordernis der einstweiligen Verfügung § 940, daß das streitige Rechtsverhältnis stets zwischen den Parteien besteht.

Für diese Auffassung ist jedoch §§ 926, 936 nicht der einzige Stützpunkt. Es fehlt vielmehr auch an dem weiteren Erfordernis der einstweiligen Verfügung, nämlich der causa arresti, ehe ein wenigstens betagter oder bedingter Anspruch zwischen den Parteien besteht. Der Begriff der Gefährdung

ist in § 940 zwar weit gefaßt, immerhin aber kann den Anforderungen nicht schon genügt sein, wenn nur die entfernte Möglichkeit des Eintrittes von Nachteilen vorhanden ist, welche noch keine bestimmte Gestalt angenommen haben (ebenso Gaupp-Stein bei § 940 S. 826).

So wenig eine bloße Anwartschaft nach §§ 916, 935 gesichert werden kann, so wenig ist die Regelung eines Zustandes denkbar, ehe bestimmte Folgen dieses Zustandes vorhanden sind, welche eine Regelung nötig erscheinen lassen.

So kann z. B. auch die einstweilige Verfügung, die dem Gegner verbietet, öffentliche Aufforderungen zur Boykottierung des Geschäftes zu erlassen[1]), nicht eher angeordnet werden, als sich durch irgendwelche Tätigkeit desselben, mindestens durch Vorbereitungshandlungen ergeben hat, daß eine derartige Aufforderung vom Gegner ins Werk gesetzt wird; sobald aber eine solche Handlung vorliegt, besteht auch ein materiell-rechtlicher Anspruch des Geschäfts auf Unterlassung dieser Tätigkeit, und ist damit die rechtliche Grundlage für ein zwangsweises Eingreifen gegeben.

So setzt die einstweilige Verfügung § 940 wie die nach § 935 und der Arrest einen materiell-rechtlichen Anspruch zwischen den Parteien voraus, der ebenfalls klagbar und vollstreckbar sein muß, da er durch Zwangsvollstreckung verwirklicht wird.

Der Anspruchsgegenstand und das zu sichernde Rechtsverhältnis sind bei den einstweiligen Verfügungen nach § 940 uneingeschränkt, nur sind insbesondere dauernde Rechtsverhältnisse vorausgesetzt, weil hier am häufigsten die Regelung eines Zustandes in Betracht kommt. Die einstweiligen Verfügungen sind also auch nicht auf vermögensrechtliche Ansprüche beschränkt; gerade familien- und statusrechtliche Ansprüche beruhen oft auf dauernden Rechtsverhältnissen.

[1]) RGE. Bd. 61 Nr. 23 S. 89 ff.

§ 8. Causa arresti.

A. In der Regel kann der Gläubiger auf ein Rechtsgut seines Schuldners nur dann die Hand legen, wenn er ein vollstreckbares Urteil, das im Erkenntnisverfahren auf Grund strikten Beweises des Tatbestandes erging, oder einen der übrigen zulässigen Vollstreckungstitel besitzt.

Die einstweiligen Verfügungen §§ 935 und 940 stimmen mit dem Arrest darin überein, daß ihre Anordnung zugunsten eines Anspruches des Gläubigers, welcher lediglich glaubhaft gemacht ist, erfolgt, ja daß sogar event. diese Glaubhaftmachung durch bloße Sicherheitsleistung ersetzt werden kann (§ 921 Abs. II).

Auf Grund dieser unsicheren Feststellung wird durch einstweilige Verfügungen und Arrest ein Eingriff mit staatlichen Zwangsmitteln in die Rechtssphäre einer Person zugunsten einer anderen vorgenommen; zwar kann hierdurch, wie unten näher auszuführen, bei den einstweiligen Verfügungen § 935 und dem Arrest nicht der definitive Verlust der durch die Sicherungsmittel erfaßten Rechtsgüter verursacht werden, aber immerhin kann trotz der in § 945 ZPO. bestimmten Schadensersatzpflicht bei ungerechtfertigter Anordnung das Sicherungsmittel für den angeblichen Schuldner einen bedeutenden Schaden herbeiführen und kann durch Personalarrest eine drückende Freiheitsbeschränkung entstehen. Bei den einstweiligen Verfügungen nach § 940 liegt sogar in manchen Fällen eine wirkliche Zwangsvollstreckung zugunsten des angeblichen Gläubigers vor, deren Folgen event. auch durch Schadensersatz nicht mehr ausgeglichen werden können.

Daraus ergibt sich, daß dieser bedeutende Eingriff in die Rechte einer Person besonderer Rechtsfertigungsgründe außer der Glaubhaftmachung eines materiell-rechtlichen Anspruches des Antragstellers gegen seinen angeblichen Schuldner bedarf.

Abgesehen von dem inneren Rechtfertigungsgrund der Sicherungsmittel, von dem in § 8 gehandelt wird, besteht gleichmäßig für die einstweiligen Verfügungen und den Arrest die weitere Voraussetzung, daß eine Gefährdung des Rechtsfriedens des Antragstellers durch den Gegner vorhanden oder zu befürchten sein muß, welche im ordentlichen Verfahren nicht beseitigt werden kann. Diese Gefährdung des Anspruches muß notwendig der Gegenwart oder Zukunft angehören; wenn sie zur Zeit der Antragstellung bereits überwunden ist, mag dies auch mit Verlust geschehen sein, so ist kein außerordentliches Sicherungsmittel mehr erforderlich, sondern es genügt zur Durchführung des Anspruches das ordentliche Verfahren.

Ferner muß die Gefährdung derart sein, daß sie auf andere Weise nicht abgewendet werden kann, denn von diesen außerordentlichen Sicherungsmitteln soll nur Gebrauch gemacht werden, wenn auf ordentlichem Wege nicht wirksam eingegriffen werden kann. Wenn ein Vollstreckungstitel vorhanden ist, können Arrest und einstweilige Verfügungen nicht mehr angeordnet werden, weil der Gefahr auf reguläre Weise durch Zwangsvollstreckung zu begegnen ist; ist jedoch die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung möglich oder nach §§ 275 ff. ZPO. oder aus anderen Gründen zurzeit unzulässig, so steht der Anordnung von Arrest oder einstweiligen Verfügungen nichts im Wege[1]).

Ebenso entfällt der Grund für Erlassung der Sicherungsmittel, wenn eine anderweitige genügende Sicherung z. B. durch Eigentumsvorbehalt, Pfandrecht, Hypothek u. s. w. vorhanden ist[2]).

[1]) RGE. S. A. Bd. 62 Nr. 246.

[2]) A. M. Begr. des preuß. Just.-Min.-Entw. von 1871 S. 498: Eine solche juristische Sicherung kann nie die Sicherheit durch einstweilige Verfügung vollständig ersetzen.

In dieser allgemeinen Fassung trifft dieses weitere Erfordernis, die sogen. causa arresti, sowohl für die einstweiligen Verfügungen nach §§ 935 und 940 als den Arrest zu.

In der Beurteilung jedoch, wann bei den einzelnen Sicherungsmitteln ein genügender Rechtfertigungsgrund zum Erlaß des Sicherungsmittels wegen Gefährdung vorliegt, unterscheiden sich infolge der in § 6 wiedergegebenen Verschiedenheit der zu sichernden Ansprüche und ihres Zweckes die einstweiligen Verfügungen und der Arrest wesentlich voneinander.

a) Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 und der Arrest.

I. Die einstweiligen Verfügungen nach § 935 sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Wie festgestellt (§ 7 a) setzen diese einstweiligen Verfügungen einen Anspruch des Gesuchstellers voraus, der nicht auf Geldleistung geht.

„In Beziehung auf diesen Streitgegenstand" sind sie zulässig, wenn zu besorgen ist, daß die Verwirklichung dieses Anspruches auf den Streitgegenstand durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

Zweck ist also der Schutz dieses Streitgegenstandes selbst, die Erhaltung des status quo, nicht bloß die Erhaltung des Vermögenswertes des Streitgegenstandes, infolgedessen Voraussetzung für die Erlassung die Gefährdung eben dieses Streitgegenstandes.

Der Berechtigte braucht sich nicht, wenn er für sein bedrohtes Recht durch Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Schutz sucht, lediglich auf den ihm event.

zustehenden Ersatzanspruch verweisen zu lassen und braucht zur Begründung des Antrags seinerseits nicht glaubhaft zu machen, daß der Gegner die etwaige Entschädigung nicht zu leisten imstande sein würde [1]).

In der Literatur erscheinen hier wieder die Konsequenzen der Einschränkung des Anspruchsgegenstandes bei einstweiligen Verfügungen nach § 935 auf „Individualleistungen" oder „bestimmte Streitgegenstände individueller Art", jedoch wird allgemein eine Gefährdung des Streitgegenstandes selbst in seinem Bestand oder in seiner Art für notwendig und genügend erachtet. Gaupp-Stein § 935 S. 817: Es muß begründete Gefahr vorliegen, daß durch eine bereits erfolgte oder drohende Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte . . . Die Gefahr liegt hier aber, nicht wie bei dem Arrest in der möglichen Veränderung der Vermögensverhältnisse des Schuldners, sondern in der des individuellen Streitgegenstandes; es muß die individuelle Leistung selbst bedroht sein; die Gefährdung des etwaigen Entschädigungsanspruches ist weder erforderlich noch genügend. Petersen-Anger § 935 S. 688: Doch ist diese Gefahr, da die einstweilige Verfügung nicht wie der Arrest die Sicherung des Vermögenswertes der Leistung, sondern die Sicherung der bestimmten Leistung selbst bezweckt, nicht erst dann gegeben, wenn eine die Verwirklichung des Ersatzanspruches beeinträchtigende Veränderung der Vermögenslage des Verpflichteten in Aussicht steht, sondern schon dann, wenn die Besorgnis begründet ist, die Leistung selbst werde nicht erlangt werden, mag auch die Möglichkeit, den Vermögenswert der Leistung beizutreiben, durchaus gesichert sein. Merkel S. 226: Aber die Gefahr ist hier schon vorhanden, sobald

[1]) RGE. J. W. 1888 S. 16.

nur die Individualleistung bedroht scheint, ohne daß es darauf ankommt, ob der Impetrat imstande wäre, ein Äquivalent für das Zuwiderhandeln gegen jenen Anspruch zu geben oder nicht. Endemann Bd. III S. 382: Alles, was irgend den status quo und damit die Möglichkeit der Realisierung des Parteianrechtes alterieren kann, Besorgnis vor Zerstörung, Beiseiteschaffung ... gehört hierher. Struckmann-Koch bei § 935 S. 355: Es kommt nicht auf die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners an, sondern darauf, wie er sich zu dem Streitgegenstande verhält, z. B. ob er ihn entwertet, zu seiner Veräußerung oder Belastung Anstalten trifft oder zur Besorgnis der Fortschaffung von Teilen desselben Anlaß gibt.

Der Arrest sichert nach den Feststellungen in § 7a lediglich Geldforderungen oder den Geldwert einer Leistung.

Der Grad der Gefährdung wäre nach § 917 für den dinglichen Arrest dem Wortlaute nach derselbe, wie für die einstweiligen Verfügungen nach § 935, nämlich eine Vereitlung oder wesentliche Erschwerung. Es ergibt sich aber trotz des gleichen Wortlautes infolge des Unterschiedes der zugrunde liegenden und zu sichernden Ansprüche eine wesentliche Verschiedenheit auch in der causa arresti bei einstweiligen Verfügungen und Arrest. Der Unterschied ist also nicht aus dem Wortlaut des § 917, sondern ist aus § 916 erkennbar.

Grundsatz ist sowohl für Arrest als einstweilige Verfügungen, daß ein gefährdetes Recht des Gläubigers durch diese Sicherungsmittel geschützt werden soll.

Der Grad der notwendigen Gefahr wäre also derselbe, der Unterschied liegt aber darin, daß die von beiden gesicherten Ansprüche infolge ihrer verschiedenen Art nicht gleichmäßig gefährdet sind.

Der Geldwert einer Leistung ist noch nicht gefährdet,

wenn diese Leistung nicht mehr durch Vollstreckung erzwungen werden kann, sondern erst, wenn eine Vollstreckung ins Vermögen des Schuldners nicht mehr die Verwirklichung des Geldwertes der Leistung verspricht.

Der Streitgegenstand selbst dagegen, der nicht Geldleistung ist, steht bereits in Gefahr, wenn seine Verwirklichung in der Art wie die Leistung nach dem Rechtsverhältnis erfolgen soll, vereitelt oder wesentlich erschwert ist, wenn also eine Veränderung des bestehenden Zustandes zu besorgen ist, wie § 935 sich ausdrückt. Die unveränderte Verwirklichung des Rechtes kann unverändert gefordert und im Gefährdungsfalle auch vor irgendwelchen Veränderungen gesichert werden.

Deshalb ist nicht bloß eine causa arresti nach § 935 vorhanden, wenn Speziessachen oder nicht vertretbare Leistungen gefährdet sind, sondern in jedem Falle, wo die nicht auf Geldforderung gehende Leistung in ihrem Bestand oder in ihrer Art bedroht ist.

Es ergibt sich, daß infolge der Verschiedenheit der zu sichernden Ansprüche der Begriff der Gefährdung nach § 935 viel enger ist, als der des § 917, obwohl gleicherweise die Besorgnis einer Vereitlung oder Erschwerung des Rechts der Partei als genügender Gefährdungsgrund bestimmt ist.

Während z. B. die causa für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 935 gegeben ist, weil die Substanz des Leistungsgegenstandes zerstört oder verändert zu werden droht, oder weil derselbe veräußert oder belastet werden soll[1]), genügt dieser Grund noch nicht, um Arrest zu rechtfertigen, denn dadurch ist noch nicht der Geldwert der Leistung gefährdet. Es muß als weiteres Moment hinzukommen, daß die Beitreibung des Geldwertes der Leistung

[1]) RGE. S. A. Bd. 40 Nr. 98 S. 151; RGE. J. W. 1900 S. 661 Nr. 12.

erschwert oder vereitelt zu werden droht, entweder weil der Schuldner anderes Vermögen nicht besitzt, in welchem Falle Arrest oder einstweilige Verfügung nach Wahl des Gläubigers zulässig ist, oder weil dieses Vermögen aus irgendwelchen Gründen der Zwangsvollstreckung entzogen zu werden droht.

Während die Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners einen Arrestgrund gibt, wenn nicht mehr das zur Realisierung des Geldanspruchs notwendige Vermögen vorhanden zu sein droht, kann hierdurch für die einstweiligen Verfügungen nur indirekt insoferne eine Gefährdung des Anspruches selbst vorliegen, als etwa durch diese allgemeine Verschlechterung auch dem Streitgegenstande selbst eine Gefahr droht. Schließlich ergibt sich aus der Verschiedenheit der Ansprüche, das beim Arrest, dem stets ein vermögensrechtlicher Anspruch zugrunde liegt, immer das Vermögen des Gläubigers gefährdet sein muß, während bei den einstweiligen Verfügungen nach § 935, welche auch nicht vermögensrechtliche Ansprüche sichern, auch der Schaden als hinreichende Gefährdung in Betracht kommt, der nicht Vermögensschaden ist.

So wenig wie hinsichtlich des zugrunde liegenden Anspruchs besteht hier bei der causa arresti irgendein Wesensunterschied zwischen dem dinglichen und persönlichen Arrest. Beide bezwecken die Sicherung einer Geldleistung; der persönliche Arrest tritt zu diesem Zweck nur ein, wenn die gefährdete Zwangsvollstreckung nicht durch dinglichen Arrest gesichert werden kann. Er ist also das subsidiäre Sicherungsmittel, insbesondere für den Fall, daß die Gefahr in der Person des Schuldners liegt. Die Gefahr für die Zwangsvollstreckung, die nach § 918 für die Anlegung des persönlichen Arrestes erfordert wird, ist dieselbe, wie die des § 917, nämlich eine Vereitlung oder wesentliche Erschwerung der

Vollstreckung des Urteils, oder wie es in § 918 gleichbedeutend heißt „der Zwangsvollstreckung". Auch der Zusatz in § 918: Zwangsvollstreckung „in das Vermögen" des Schuldners unterscheidet den persönlichen Arrest nicht vom dinglichen, denn auch der dingliche Arrest dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung ins Vermögen des Schuldners.

Ebenso Gaupp-Stein zu § 918 S. 783: Die Zwangsvollstreckung . . . muß gefährdet sein, d. h. es muß eine Arrestgefahr in dem in § 917 dargelegten Sinne bestehen. Fitting S. 674: Die Zulässigkeit des persönlichen Arrestes ist noch von der weiteren Voraussetzung — nämlich von den Voraussetzungen des dinglichen Arrestes abgesehen — abhängig, daß sich die Sicherung der gefährdeten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners mittels des dinglichen Arrestes den Umständen nach nicht erreichen läßt, z. B. weil die Bestandteile des Vermögens oder der Ort, wo sie sich befinden, nicht bekannt ist. Werner S. 14: Bezüglich des persönlichen Sicherheitsarrestes bestimmt die ZPO. § 798 (§ 918), daß derselbe nur stattfinde, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern, hiernach muß hier neben dem sub 1 näher bezeichneten Arrestgrunde (dem des dinglichen Arrestes) die weitere Voraussetzung gegeben sein, daß der dingliche Arrest allein zur Sicherung der Zwangsvollstreckung nicht hinreicht.

II. Woher die Gefährdung kommt, ist bei den einstweiligen Verfügungen und dem Arrest gleichgültig. Es bedarf keines Verschuldens, keiner rechtswidrigen Handlung des Verpflichteten, nicht einmal einer Handlung oder Unterlassung desselben, welche ohne sein Verschulden den Gefahrzustand herbeigeführt hat. Die Gefährdung kann sowohl von einem Dritten kommen, als auch in der Art des Anspruchsgegenstandes begründet sein, jedoch trifft letzteres ins-

besondere für die einstweiligen Verfügungen zu. Gaupp-Stein § 917 S. 781: ... soll der Gläubiger durch den Arrest nur gegen drohende, schädigende Einwirkungen des Schuldners gegen dritte Personen oder sonstiger äußerer zufälliger Umstände ... geschützt werden, wobei weder notwendig ist, daß solche Umstände schon jetzt eingetreten sind, noch daß die Handlungen des Schuldners oder des Dritten rechtswidrige oder böswillige sein würden[1]).

Jedoch liegt häufig gerade im Verhalten des Verpflichteten der Grund zur Erlassung der einstweiligen Verfügung oder des Arrestes.

Abgesehen von der generellen Bestimmung über Arrestgefahr in § 917 und 918 ist positivrechtlich in § 917 Abs. II noch als zureichender Arrestgrund bestimmt worden, wenn das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte. Eine derartige Bestimmung findet sich für die einstweiligen Verfügungen nicht, es ist auch § 917 nicht auf die einstweiligen Verfügungen anwendbar, weil er durch § 935 ersetzt ist. Wenn also in der Befürchtung, daß das Urteil im Ausland vollstreckt werden müßte, auch kein absoluter Grund zur Annahme der Gefährdung liegt, so kann doch im Einzelfalle dadurch auch der Streitgegenstand selbst nach den allgemeinen Bestimmungen gefährdet sein[2]).

III. Jedoch sind einstweilige Verfügungen und Arrest nicht in jedem Falle zulässig, wo die obigen Voraussetzungen vorliegen. Gaupp-Stein § 917 S. 871: ... daran ist festzuhalten, daß nach Abs. I der Arrest nicht dazu dienen soll, die Lage des Gläubigers gegenüber dem Schuldner zu verbessern, sondern nur ihre Verschlechterung zu verhindern. Seuffert § 917 S. 640: ... daran ist festzuhalten, daß

[1]) Ebenso Struckmann-Koch bei § 935 S. 355; RGE. J. W. 1897 S. 423, RGE. J. W. 1904 S. 557; Peters S. 78.

[2]) Seuffert bei § 935 S. 682.

der Arrest nur dazu dienen soll, eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vollstreckungschance zu verhindern[1]).

Die Zivilprozeßordnung hat zwar eine positiv-rechtliche Bestimmung dieser Art unterlassen, es ergibt sich jedoch aus dem Zweck des Arrestes, die Zwangsvollstreckung zu sichern, die Richtigkeit dieser Aufstellung; der Arrest soll die gegenwärtig noch nicht mögliche Zwangsvollstreckung sichern und durch diese Sicherung soll der gegenwärtige Zustand erhalten werden, so daß die dereinstige Zwangsvollstreckung noch dasselbe Resultat erzielen kann, wie wenn sie sofort stattfinden würde.

Unter diesem Gesichtspunkt wird die schlimme Vermögenslage des Schuldners allein noch nicht als genügender Arrestgrund angesehen, obwohl häufig gerade durch diese der Anspruch des Gläubigers gefährdet wird. Ferner ist deshalb auch die Konkurrenz mehrerer Gläubiger noch kein Arrestgrund, weil eine Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers durch den Arrest nicht eintreten soll (cf. Seuffert bei § 917 S. 649, ebenso die übrigen Kommentare und die Rechtsprechung).

Diese Einschränkungen der Anwendbarkeit des Arrestes trotz des Vorliegens der causa arresti treffen aus denselben Gesichtspunkten auch für die einstweiligen Verfügungen zu. Nur bedingt die Verschiedenheit des zu sichernden Anspruchsgegenstandes auch hier einen Unterschied, insoferne als bei der Gefährdung des Streitgegenstandes selbst, wie erwähnt, die allgemeine Vermögenslage des Schuldners nicht so sehr in Betracht kommt, und auch eine Mehrheit von Gläubigern, die den gleichen Streitgegenstand beanspruchen, selten vorhanden ist.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die einstweiligen Verfügungen und der Arrest gleichmäßig eine Vereitlung oder

[1]) Ebenso RGE. J. W. 1900 S. 393 Nr. 11, Merkel S. 45 ff.

wesentliche Erschwerung der Erfüllung derjenigen Ansprüche voraussetzen, zu deren Sicherung sie bestimmt sind; da jedoch die zu sichernden Ansprüche ihrer Art nach verschieden sind, ist auch das Vorhandensein einer Gefahr für dieselben nicht an die gleichen tatsächlichen Voraussetzungen geknüpft. Nur insoferne unterscheiden sich die einstweiligen Verfügungen auf § 935 und der Arrest auch hinsichtlich der causa arresti.

b) Die einstweiligen Verfügungen nach § 940.

Auch die einstweiligen Verfügungen nach § 940 setzen eine Gefährdung, welche in wesentlichem Nachteil oder in drohender Gefahr oder anderen Gründen bestehen kann, voraus; diese Gefahr muß, da auch diese einstweiligen Verfügungen einen Anspruch nach § 194 BGB. voraussetzen (§ 7), dem Anspruche drohen, und zwar dem Anspruche des Antragstellers gegen denjenigen, der von der einstweiligen Verfügung betroffen werden soll. Welche Arten von Gefahren in Betracht kommen, wurde bei der einstweiligen Verfügung in § 940 infolge der großen Zahl von Möglichkeiten dem freien Ermessen des Gerichtes überlassen; nur als Hauptbeispiele sind die Abwendung wesentlicher Nachteile, oder die Verhinderung drohender Gewalt angeführt.

Güthe sucht die Gefahr[1]) generell darin, daß der Anspruch „zu spät" erfüllt wurde, während Arrest und einstweilige Verfügungen nach § 935 nach seiner Meinung die Gefahr voraussetzen, daß der Anspruch „gar nicht" erfüllt würde. Zu diesem Resultat kommt Güthe dadurch, daß er zunächst ohne Zusammenhang mit den positivrechtlichen Bestimmungen ein System der Sicherungsmittel der Zwangsvollstreckung aufstellt, wobei er zu dem Schlusse kommt, daß es nur Sicherungsmittel gegen eine Nichterfüllung oder eine zu späte Erfüllung gibt; da die einstweiligen Verfügungen

[1]) Güthe a. a. O. S. 368 ff.

§ 935 und Arrest der Verhütung der Nichterfüllung dienten, müsse die einstweilige Verfügung §§ 940 die zu späte Erfüllung verhindern.

Nach dem Wortlaute des § 935 und 916 ist es nicht richtig, daß nur eine Nichterfüllung durch die Sicherungsmittel verhindert werden soll, denn es ist nicht nur die Vereitlung, sondern auch die wesentliche Erschwerung der Erfüllung genügend zur Anordnung einer einstweiligen Verfügung oder eines Arrestes. Die Erschwerung ist aber nicht lediglich die Gefahr einer Nichterfüllung, sondern sie kann auch in einer zu späten Erfüllung bestehen.

Der Hauptunterschied zwischen §§ 935 und 916 einerseits und § 940 andererseits besteht hier darin, daß der Gefahrbereich bei § 940 viel weiter ist. Während § 935 nur die Gefährdung des Streitgegenstandes selbst, also den engsten Gefahrbereich, § 916 die Gefährdung des Geldwertes des Anspruches voraussetzt, wird in § 940 die Notwendigkeit der Regelung eines einstweiligen Zustandes zum Schutze des Rechts einer Person vorausgesetzt; wann diese Notwendigkeit vorliegt, ist Sache des richterlichen Ermessens.

Infolgedessen läßt sich keine allgemeine Regel bilden; nur ist daran festzuhalten, daß nicht die bloße Möglichkeit eines Rechtsnachteils, die noch[1]) gar keine feste Gestalt angenommen hat, ausreicht.

Wenn man bezüglich der causa arresti hier auch nicht generalisieren kann, so ist doch die Meinung Güthes, zwar nicht für alle Fälle zutreffend, aber doch häufig richtig, daß die Gefahr bei der einstweiligen Verfügung des § 940 in der verspäteten Erfüllung des Anspruches liegt.

Wenn z. B. der Unterhaltungsanspruch streitig ist, kann Arrest nur angewendet werden, falls Gefahr besteht, daß die

[1]) OLG. Hamburg, S. A. 62 Nr. 197.

Vollstreckung des Urteils oder sonstigen Zwangsvollstreckungstitels vereitelt oder erschwert würde, weil der Gegner z. B. sein Vermögen beiseite schafft oder sonstwie der Zwangsvollstreckung entzieht. Dagegen kann eine einstweilige Verfügung (§ 940), trotzdem für die spätere Verwirklichung des Anspruches gar keine Gefahr besteht, weil der Schuldner in bester Vermögenslage ist, angeordnet werden, weil der Gläubiger mittellos ist und die Unterhaltsbeiträge sofort nötig hat. Hier ist demnach die Verspätung der Anspruchsverwirklichung der Nachteil, den die einstweilige Verfügung des § 940 voraussetzt, und gerade derartige Fälle sind bei ihr sehr häufig.

Die Gefährdung besteht also bei den einstweiligen Verfügungen des § 935 und dem Arrest gleichmäßig in der Befürchtung der Vereitlung oder wesentlichen Erschwerung der durch diese Sicherungsmittel geschützten Ansprüche. Ein Unterschied ergibt sich aus der Verschiedenheit dieser Ansprüche; da der Arrest nur Werte sichert, liegt eine Gefährdung erst vor, wenn der Wert des Anspruchs gefährdet ist, während bei der einstweiligen Verfügung des § 935, die den Anspruch, der nicht Geldleistung ist, selbst sichert, die Gefahr der Vereitlung oder Erschwerung bereits in einer drohenden Veränderung des Anspruches liegt, die seine Erfüllung in der Weise, wie er gegenwärtig ist, hindert.

Die einstweilige Verfügung des § 940 schützt nicht die Verwirklichung eines Anspruches oder seinen Wert; sie regelt einen einstweiligen Zustand, dessen Regelung für den Antragsteller wegen wesentlicher Nachteile oder drohender Gewalt oder aus anderen Gründen, die dem Ermessen des Gerichtes überlassen sind, notwendig ist. Aber auch sie setzt einen Anspruch zwischen dem Antragsteller und seinem Gegner voraus, der die Grundlage für die zwangsweise Regelung geben kann.

B. Tatsächlich reichen die Maßregeln der Sicherungsmittel nicht in jedem Falle aus, und es ist deshalb noch zu prüfen, ob in einem solchen Falle zwei Sicherungsmittel kumulativ zur Anwendung kommen können.

Dem scheint, zunächst bezüglich der einstweiligen Verfügungen § 935 und Arrest, entgegenzustehen, daß, wie Dorendorf S. 1 ausführt, die beiden Sicherungsmittel auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen und die Sicherung einer Geldforderung nicht durch einstweilige Verfügung, die des Streitgegenstandes selbst nicht durch Arrest erfolgen kann, und bei Sicherung des ursprünglichen Gegenstandes auch eine an dessen Stelle tretende Geldforderung gar nicht in Frage kommt, weil die Interesseforderung erst beim Ausbleiben der Individualleistung entsteht.

Die Voraussetzungen sind allerdings verschieden, doch sie greifen in einem Punkte ineinander: Der Arrest dient zur Sicherung des gefährdeten Geldwertes von Ansprüchen und die einstweiligen Verfügungen des § 935 zur Sicherung dieser Ansprüche selbst, und zwar ist nach § 916 die Sicherung durch Arrest bereits möglich, ehe die Ersatzleistung an die Stelle des ursprünglichen Anspruches getreten ist[1]). Es muß nur die Möglichkeit vorhanden sein, einen Geldwert für die Leistung bereits zu bestimmen, weil sonst der Arrest überhaupt ausgeschlossen ist.

Das Bedenken Dorendorfs, das bei Sicherung der „Individualleistung", die an ihre Stelle tretende Geldforderung gar nicht in Frage kommen kann, ist gewichtig, denn in diesem Stadium besteht noch kein Anspruch auf Ersatzleistung, also logischerweise auch kein Recht und keine Möglichkeit auf Sicherung dieses nicht vorhandenen Anspruches; doch richtet sich dieser Einwand nicht speziell gegen

[1]) Seuffert, bei § 916 S. 646; es ergibt sich aber auch aus § 920: Geldwert.

die wahlweise Anwendung und die Kumulation der beiden Sicherungsmittel, sondern gegen die Bestimmung des § 916 ZPO. selbst, daß auch vor dem Übergang des ursprünglichen Anspruches in eine Geldleistung eine Sicherung der event. Ersatzleistung erfolgen kann. Diese Bestimmung ist wohl nach der zivilrechtlichen Seite bedenklich, doch als lex lata hier nicht weiter zu untersuchen.

Wenn aber einstweilige Verfügung und Arrest für denselben Anspruch möglich sind, so kann auch das eine oder andere dieser Sicherungsmittel angewendet werden, wenn nur die für dasselbe vorausgesetzte Gefährdung des Anspruches vorliegt. Ist z. B. der Leistungsgegenstand und gleichzeitig, etwa mangels anderer pfändbarer Vermögensstücke des Schuldners oder wegen Verschleuderung seines Vermögens, der Geldwert der Leistung gefährdet, so hat der Gläubiger die Möglichkeit, sich mit der Sicherung des Geldwertes der Leistung durch Arrest zu begnügen oder die Leistung selbst durch einstweilige Verfügung schützen zu lassen.

RGE. S. A. Bd. 50 S. 369: § 796 (§ 916) verfügt ausdrücklich, daß der Arrest auch wegen eines Anspruches zulässig ist, der in eine Geldforderung übergehen kann, und die Motive erläutern die Bestimmung dahin, daß es in der Wahl des Gläubigers steht, ob er größeren Wert auf die Sicherung der Individualleistung legen und eine einstweilige Verfügung nachsuchen will, oder ob ihm die Sicherung der bedingten Geldschuld, die hinter der Individualleistung steht, wichtiger sei, und er sonach den Weg des Arrestes vorziehe.

Ebenso Gaupp-Stein vor § 916 S. 778.

Eine Kumulation beider Sicherungsmittel dagegen ist mit Dorendorf S. 1 zu verwerfen, zwar nicht aus den dort angeführten, oben besprochenen Gründen, aber weil nach Erlaß des einen Sicherungsmittels bei Ansprüchen, die in eine Geldforderung übergehen können, für den Gläubiger

der genügende Schutz bereits gewährt ist, und keine Gefährdung mehr vorliegt.

Allerdings kann auch nach Arrestanordnung noch eine Gefährdung der Leistung selbst vorliegen, die an sich eine einstweilige Verfügung des § 935 rechtfertigen würde; wenn sich aber der Gläubiger einmal für den Schutz des Geldwertes seines Anspruches durch Arrest entschieden hat, kann er nicht mehr zur Sicherung der Leistung selbst übergehen.

Umgekehrt ist nach Anordnung der einstweiligen Verfügung des § 935 Arrest logisch überhaupt undenkbar, weil durch die Sicherung des Anspruches selbst der Übergang desselben in eine Ersatzleistung vermieden ist. Wenn aber trotz Sicherung des ursprünglichen Anspruches durch einstweilige Verfügung die ursprüngliche Leistung noch gefährdet ist, und sich die Voraussetzungen für den Arrest eröffnen würden, dann muß die einstweilige Verfügung mit der Arrestanordnung als zwecklos aufgehoben werden, und es kann wiederum zu keiner Kumulation kommen.

Obwohl die einstweilige Verfügung des § 940 nicht direkt der Sicherung eines Anspruches dient, kann sie doch in das Sicherungsgebiet der einstweiligen Verfügung und des Arrestes eingreifen.

Wenn z. B. Gefahr für die Erfüllung eines Anspruches besteht, weil der Schuldner sein Vermögen verschleudert, und für den Gläubiger gleichzeitig die provisorische Erfüllung des Anspruches nach § 940 aus irgendwelchen stichhaltigen Gründen notwendig ist, so kann die einstweilige Verfügung des § 940 den Zweck des Arrestes durch einstweilige Befriedigung des Gläubigers erfüllen, es kann aber auch die Notwendigkeit bestehen, mit dem Arrest die ganze Forderung des Gläubigers zu sichern und mit den einstweiligen Verfügungen des § 940 dem Gläubiger zur Beseitigung seiner Notlage eine teilweise Befriedigung des Anspruches zu gewähren.

Ebenso kann durch die Ordnung eines einstweiligen Zustandes der Streitgegenstand, der durch eine einstweilige Verfügung des § 935 geschützt werden mußte, im Wege der einstweiligen Verfügung des § 940 gesichert werden. Andererseits kann eine Sicherstellung des Streitgegenstandes die Ordnung eines einstweiligen Zustandes nach § 940 überflüssig machen, weil die dem Streitgegenstand drohende Gewalt, welche zu einer einstweiligen Verfügung des § 940 Anlaß gäbe, z. B. durch Sequestration nach § 938 Abs. II im Wege der einstweiligen Verfügung des § 935 beseitigt ist.

Wie es aber möglich ist, daß diese Sicherungsmittel je die Aufgabe des anderen erfüllen, so ist auch umgekehrt denkbar, daß sie bei der Verschiedenheit ihres ursprünglichen Zweckes nebeneinander angewendet werden müssen, damit ihr Sicherungszweck erfüllt wird.

Infolgedessen ist hier Kumulation unbeschränkt möglich.

§ 9. Zweck und Inhalt.

Der Unterschied, der sich zwischen den Sicherungsmitteln hinsichtlich der zu sichernden Rechtsgüter ergibt, bringt gleichzeitig eine Verschiedenheit im Zweck der einstweiligen Verfügungen und des Arrestes: Die einstweilige Verfügung des § 935 hat als Voraussetzung die Gefährdung des Streitgegenstandes, der nicht lediglich Geldleistung ist; ihr Zweck ist dementsprechend die Sicherung dieses selben Streitgegenstandes wegen Veränderung des bestehenden Zustandes (§ 935), und zwar soll sie, wie bei Arrest, wo dies ausdrücklich ausgesprochen ist (§ 916 Abs. I), die Zwangsvollstreckung wegen dieses Anspruches sichern.

Seuffert § 935 S. 681: Die einstweilige Verfügung des § 935 geht dem Arrest parallel; wie dieser die Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung bezweckt, so bezweckt die einstweilige Verfügung des § 935

die Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs, der auf andere Leistung als Geldzahlung gerichtet ist.

Übereinstimmend Gaupp-Stein vor § 916 S. 776 und die übrigen Kommentare.

Der Arrest dagegen, der lediglich die Gefährdung einer Geldforderung oder des Geldwertes eines Anspruchs voraussetzt, dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung ins Vermögen des Schuldners wegen dieser Geldsumme (§ 916).

Die einstweilige Verfügung (§ 940) setzt zwar ebenfalls einen Anspruch voraus, aber nicht eine Gefährdung gerade dieses Anspruchs, sondern es genügt, zur Anordnung einer solchen einstweiligen Verfügung, wenn im Zusammenhang mit dem Anspruch der Rechtsfrieden des Klägers gestört zu werden droht, wodurch eine Regelung des Zustandes notwendig erscheint, welche auf Grund des bestehenden Anspruches geschehen kann[1]).

Zweck dieser einstweiligen Verfügung ist also nach Maßgabe des zwischen den Beteiligten stehenden Anspruchs eine vorläufige Regelung eines streitigen Zustandes bis zur definitiven Ordnung der Verhältnisse herzustellen (§ 940 ZPO.).

Diese Verschiedenheit der Zwecke bringt nun wiederum eine Differenz der vom Gericht zur Erreichung des Zweckes anzuordnenden Maßregeln, einen Unterschied im Inhalt des richterlichen Befehles.

Der Arrestbefehl muß, um seinem Zweck zu dienen — abgesehen von sonstigen notwendigen Bestandteilen — lediglich die Höhe der zu sichernden Geldforderung oder den Wert des nicht auf Geldleistung gehenden Anspruchs angeben

[1]) RGE. J. W. 1882 S. 54: Die einstweiligen Verfügungen nach § 819 handeln von Maßregeln, die das streitige Rechtsverhältnis nur mittelbar berühren, indem sie einen zum Gläubiger in Beziehung stehenden einstweiligen Zustand regeln.

und darüber bestimmen, ob dinglicher oder persönlicher Arrest verhängt wird [1]).

Wenn aber nicht bloß der Wert eines Anspruchs, sondern der Anspruch selbst gesichert werden soll, wie die einstweilige Verfügung des § 935 es bezwecken, muß bei der Verschiedenartigkeit der Ansprüche und der daraus entstehenden wechselnden Notwendigkeit der Sicherung für die Sicherungsmaßregeln ein bedeutend weiterer Spielraum vorhanden sein, als beim Arrest. Deshalb kann das Gericht gemäß § 938 nach freiem Ermessen bestimmen, welche Anordnungen erforderlich sind; nur beispielsweise sind Sequestration, Gebot, Verbot einer Handlung an den Gegner, insbesondere der Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks, angeführt.

Als einziger Richtpunkt für die Art der Anordnung gilt der Grundsatz, daß die Anordnung den Sicherungszweck zu erreichen hat und andererseits nicht über denselben hinausgehen darf.

Endemann bei § 938 S. 848: Naturgemäß werden die Mittel nicht hinter dem Zweck zurückbleiben, aber auch nicht über denselben hinausgehen dürfen.

Trotz der Verschiedenheit bleibt für die einstweilige Verfügung des § 935 und den Arrest als gemeinsamer Zweck die Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung. RGE. S. A. 43 Nr. 253: Der Arrest und die einstweilige Verfügung haben das gemeinsam, daß sie die künftige Zwangsvollstreckung in Ansehung des geltend gemachten Rechtes zu sichern, bestimmt sind.

Obwohl die Bestimmungen in § 938 über die bei den einstweiligen Verfügungen des § 935 zu treffenden Anordnungen auch für § 940 gelten, ergeben sich doch auch hier als Folge des verschiedenen Zweckes wesentliche Unterschiede hinsichtlich der nach § 940 ergehenden Anordnung.

[1]) Seuffert § 922 S. 661, Gaupp-Stein ebenda S. 794.

Diese Anordnung muß nicht den Schutz des zugrunde liegenden Anspruches selbst oder seines Wertes erreichen, sondern durch sie ist auf der rechtlichen Grundlage dieses Anspruches irgendein mit demselben im Zusammenhang stehender Zustand zwischen den Beteiligten zu regeln.

Gaupp-Stein vor § 916 S. 776 und bei § 940 S. 825: Es handelt sich hier nicht sowohl um die Sicherung einer künftigen Leistung, sondern um die Gewährung des Rechtsfriedens eines Einzelnen..

Daraus ergibt sich, daß die Grenzen für die Maßregel hier noch weiter sind, als bei der einstweiligen Verfügung des § 935. Hier kann nicht einmal die oben erwähnte Einschränkung gemacht werden, daß die Maßregel nicht über den Sicherungszweck hinausgehen darf, denn die Bewahrung des Rechtsfriedens kann nicht immer lediglich in Sicherung von Vermögenswert oder in sonstigen Maßnahmen, die lediglich den gegenwärtigen Zustand erhalten, bestehen. Die notwendige Regelung eines einstweiligen Zustandes verlangt nicht selten eine Leistung des Verpflichteten, die über den Sicherungszweck hinausgeht.

Es ist z. B. zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den völlig mittellosen und erwerbsunfähigen Gläubiger bei streitigem Unterhaltsanspruche notwendig, daß demselben bis zur definitiven Regelung der Unterhaltspflicht selbst Geldmittel zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes in die Hand gegeben werden, und genügt nicht, daß die spätere Zahlung der Unterhaltsbeiträge durch den Schuldner gesichert wird.

Infolgedessen ist die provisorische Verurteilung des Schuldners im Wege der einstweiligen Verfügung zur Zahlung von wiederkehrenden Geldleistungen ein häufiger Anwendungsfall des § 940[1]).

[1]) Gaupp-Stein vor § 916 S. 777.

Der Inhalt des Arrestbefehles und der einstweiligen Verfügungen wird also ausschließlich von ihrem Zwecke beeinflußt, und dieser Zweck hinwiederum hängt eng zusammen mit dem Anspruchsgegenstand, den dieselben zu ihrer Anordnung voraussetzen.

§ 10. Wesen und Wirkungen.

I. Die Stellung der Bestimmungen über Arrest und einstweilige Verfügungen im System der Zwangsvollstreckung haben dazu Anlaß gegeben, sie als eine Art der Zwangsvollstreckung zu betrachten, sei es als eine „antizipierte", sei es als eine „geringere Art der Exekution". Zu dieser Auffassung ist noch bestärkend hinzugetreten die teilweise Anwendung der Zwangsvollstreckungsmittel und die Erläuterung der Motive: Die Unterscheidung zwischen einstweiliger Verfügung und Arrest schließt sich derjenigen des zweiten und dritten Abschnitts dieses Buches (über die Zwangsvollstreckung) im wesentlichen an.

Struckmann-Koch vor § 916 S. 327: Der Arrest ist stets, die einstweilige Verfügung in der Mehrzahl der Fälle eine antizipierte Zwangsvollstreckung, welche auf Grund eines summarischen Verfahrens angeordnet wird, aber nicht zur Befriedigung, sondern nur zur Sicherstellung des Gläubigers führt. Reincke bei § 916 S. 828: Die Anordnung des Arrestes und der einstweiligen Verfügungen unter die Zwangsvollstreckung findet ihren Grund darin, daß dieselben zur Sicherung künftiger Vollstreckung deren ersten Akt, d. h. den Zugriff oder die Beschlagnahme vorwegnehmen, und daß sie somit eine teilweise antizipierte Zwangsvollstreckung enthalten [1]).

Güthe a. a. O. führt S. 346 aus, daß die Zwangs-

[1]) Ebenso Peters S. 1, ferner RGE. Bd. 41 S. 393.

vollstreckung dann antizipiert sei, wenn sie ins Werk gesetzt werde, bevor die ordentliche Zwangsvollstreckung vorgenommen werden kann, und daß sie ihre Existenzberechtigung der Tatsache entnimmt, daß die Voraussetzungen der ordentlichen Zwangsvollstreckung nicht zu jeder Zeit und nicht ohne großen Zeitverlust beschaffen werden können. Endemann Bd. 3 S. 348: Die Regeln des Arrests und der einstweiligen Verfügungen wurden in das von der Zwangsvollstreckung handelnde 8. Buch eingestellt, weil man sie, namentlich den Arrest, als eine Art von geringerer Exekution betrachtet.

Dagegen Hellmann S. 948: Die Auffassung des Arrestes als antizipierte Zwangsvollstreckung trifft nicht zu, ist aber auch zur Einsicht ins Wesen des Instituts nicht erforderlich. Sie trifft nicht zu, weil der Personalarrest zulässig ist, wo die Zwangsvollstreckung gegen die Person des Schuldners ausgeschlossen ist[1]).

Es ist nicht zu verkennen, daß eine Anzahl Momente dafür sprechen, daß Arrest und einstweilige Verfügungen eine vorweg genommene oder doch geringere Art der Zwangsvollstreckung sind: Abgesehen von der Aufnahme der Vorschriften ins achte Buch bestimmt § 928 über den Arrest, daß mit gewissen Abmaßen die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden; ebenso soll die Vollstreckung der einstweiligen Verfügung nach §§ 936, 828, wie die Arrestvollstreckung, also auch durch Zwangsvollstreckung, erfolgen. Durch beide geschieht ein zwangsweiser Eingriff ins Recht einer Person, wie bei der ordentlichen Zwangsvollstreckung, ja es wird sogar das durch den Arrestvollzug begründete Pfandrecht (§ 930 ZPO.), wenn ein ordentlicher Vollstreckungstitel vorliegt, in ein Vollstreckungs-

[1]) Ebenso Gaupp-Stein vor § 916 S. 774 und die neuere Literatur.

pfandrecht übergeführt [1]), wodurch ein inniger Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung hergestellt ist.

Aber es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden.

Vor allem werden Arrest und einstweilige Verfügung nicht dadurch zur Zwangsvollstreckung, daß sie sich teilweise der Mittel der Zwangsvollstreckung zur Durchführung ihrer Maßregeln bedienen. Eine entgegengesetzte Annahme ruht auf der in der älteren Literatur bestehenden Vermischung des Verfahrens der Anordnung mit dem Vollzug der Sicherungsmittel.

Das Verfahren auf Anordnung derselben ist ein summarisches Erkenntnisverfahren, die Durchführung der auf Grund desselben ergehenden Anordnung ist der Arrestvollzug, der mit den Mitteln der Zwangsvollstreckung geschieht.

Arrestanordnung und Arrestvollzug stehen in demselben Verhältnis wie das ordentliche Erkenntnisverfahren und die Zwangsvollstreckung des auf diesem Verfahren beruhenden Urteils.

Deshalb ist es irrig, mit Güthe a. a. O. von der Zwangsvollstreckung auszugehen und die Berechtigung für die Anordnung der einstweiligen Verfügung und des Arrests — ihre Existenzberechtigung, wie Güthe sich ausdrückt — in der Unmöglichkeit der gegenwärtigen ordentlichen Zwangsvollstreckung zu suchen. Güthe läßt offen, was das Wichtigste wäre, worin die Berechtigung für die Vorausnahme der Zwangsvollstreckung liegt.

Die Zwangsvollstreckung bezweckt die zwangsweise Verwirklichung des Anspruches, Arrest und einstweilige Verfügung dagegen nur die zwangsweise Sicherstellung; zu dieser zwangsweisen Sicherstellung des Anspruches bedienen

[1]) Gaupp-Stein bei § 930 S. 810.

sich Arrest und einstweilige Verfügung teilweise der Mittel der Zwangsvollstreckung.

Daraus ergibt sich ein Unterordnungsverhältnis der Zwangsvollstreckung unter dieselben und die Unrichtigkeit der umgekehrten Unterordnung der letzteren unter die erstere, die darin liegt, daß man Arrest und einstweilige Verfügung als Zwangsvollstreckung, wenn auch als gemäßigte oder teilweise, bezeichnet.

Übrigens geht auch die Anwendung der Zwangsvollstreckungsmittel beim Vollzug der einstweiligen Verfügung und des Arrestes nicht weit. Da diese nur der Sicherung von Ansprüchen dienen, ergibt sich, daß die Zwangsvollstreckung nur soweit angewendet werden darf, als es der Sicherungszweck erfordert.

Deshalb werden diejenigen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die auf eine Befriedigung des Gläubigers abzielen, nicht gebraucht.

Da sich der Vollzug der einstweiligen Verfügung nach den Vorschriften über den Arrestvollzug beurteilt (§ 936), ist auch hier vom Arrest auszugehen: Beim Arrestvollzug wird das bewegliche Vermögen des Schuldners zwar gepfändet, wie bei der Zwangsvollstreckung, jedoch ist eine Versteigerung der Mobilien zugunsten des Gläubigers, eine Ablieferung des Erlöses gepfändeten Geldes oder eine Überweisung gepfändeter Forderungen unzulässig (§ 930). Was nicht im Gewahrsam des Schuldners bleiben kann, wird hinterlegt.

Ebensowenig ist eine Beschlagnahme und Versteigerung von Mobilien beim Arrestvollzug in ein Grundstück gestattet, sondern es kann nur die Eintragung einer Sicherungshypothek für den Gläubiger geschehen.

Die einzige Wirkung des Arrestvollzuges, die über den unmittelbaren Sicherungszweck hinausgeht, ist, daß durch die

Pfändung ins bewegliche Vermögen ein Pfandrecht wie durch Zwangsvollstreckung begründet wird[1]). (§ 930 Abs. I.)

Jedoch wird durch diesen ausgedehnteren Gebrauch der Zwangsvollstreckungsmittel die Ansicht, daß Arrest und einstweilige Verfügungen Zwangsvollstreckungen seien, nicht gefördert, weil immerhin noch das Wesentliche der Zwangsvollstreckung, die Befriedigung des Gläubigers, unterbleibt[2]). Zudem würde hierdurch nur der Arrest berührt, weil bei dem Vollzug der einstweiligen Verfügungen ihrer Art nach die Pfändung und somit ein Pfandrecht ausgeschlossen ist.

In gleicher Weise, wie der Arrest, soll nach § 936 auch die einstweilige Verfügung vollzogen werden, nur ist, da die Maßregel, welche das Gericht anordnet, entsprechend dem im Verhältnis zum Arrest anders gearteten Sicherungsgegenstand nicht bloß, wie beim Arrest, in der Sicherstellung einer Geldsumme bestehen kann, auch der Weg der Vollstreckung verschieden (§ 938 Abs. I).

Die Hauptmittel der Zwangsvollstreckung, die § 938 Abs. II anführt, Sequestration und das Gebot oder Verbot einer Handlung durch den Richter, gewähren nur eine Sicherung des Anspruches und keine Verwirklichung desselben wie die Zwangsvollstreckung, und auch die anderweitigen,

---

[1]) Diese Begründung des Pfandrechtes durch Arrestanlegung ist eine Neueinführung der ZPO., die ohne weiteres entbehrlich wäre, und dem Grundsatz widerspricht, daß eine Besserstellung eines einzelnen Gläubigers gegenüber den anderen nicht erfolgen soll. Auch die Begründung der Motive, der Zweck des Arrestes, die Sicherung der Zwangsvollstreckung, erfordere, daß ihm dieselben Wirkungen beigelegt würden, ist nicht stichhaltig, denn auch ohne Pfandrecht wäre eine Pfändung möglich, die die Zwangsvollstreckung sichert.

[2]) RGE. vom 22. Dezember 1886, Fuchsberger, Entscheidungen Teil VII, S. 1080: Der Arrest ist doch ... nicht die Zwangsvollstreckung selbst, letztere darum mit dem Arrestvollzug noch nicht begonnen.

vom Gericht angeordneten Sicherungsmaßregeln dürfen ihrer Anordnung nach nicht über den Sicherungszweck hinausgehen, und der Vollzug derselben kann nicht in einer Verwirklichung des Anspruches bestehen.

Es ist also auch der Ausdruck in den Motiven, S. 457, daß die Mittel zur Abwehr der Gefahr bei der einstweiligen Verfügung „überall bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen können" nicht einwandfrei, denn es wird ebenfalls Anordnung und Vollzug verquickt; aber auch hinsichtlich des Vollzuges ist der Satz dahin einzuschränken, daß der Sicherungszweck nicht überschritten werden darf, und keine Maßregeln auf Befriedigung angewendet werden können. Der Sicherungszweck aber geht nur so weit, daß eine „Veränderung des bestehenden Zustandes" vermieden wird, nicht daß dadurch ein dem Gläubiger günstigerer Zustand begründet wird. Der Grund, weshalb gerade die Mittel der Zwangsvollstreckung zur Durchführung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung bestimmt sind, liegt lediglich darin, daß die ZPO. andere Mittel zum zwangsweisen Eingriff in Privatrechte nicht kennt, aber nicht in einem inneren Zusammenhang zwischen Arrestanordnung und Zwangsvollstreckung.

Von der Regel besteht eine Ausnahme bei der einstweiligen Verfügung des § 940, die im übrigen sich nach den gleichen Grundsätzen, wie Arrest und einstweilige Verfügungen des § 935 hinsichtlich des Vollzuges beurteilt, nämlich wenn durch dieselbe der Schuldner zu einer Anspruchserfüllung gezwungen wird. In diesem Falle liegt nicht die Sicherung eines Anspruches vor, sondern die vorläufige Realisierung von Ansprüchen oder Teilen von Ansprüchen, und die Vollstreckung ist hier tatsächlich vorweggenommene Zwangsvollstreckung zur vorläufigen Befriedigung des Gläubigers.

II. Selbst wenn man sich der Meinung anschließen

könnte, daß einstweilige Verfügungen und Arrest antizipierte Zwangsvollstreckung sind, so läge in dieser Erklärung ihres Wesens noch kein innerer Rechtfertigungsgrund für ihre Erlassung, weil die Voraussetzungen der normalen Zwangsvollstreckung nicht vorliegen, also die Antizipierung der Vollstreckung wiederum motiviert werden müßte.

Die in §§ 7 und 8 dargelegten Voraussetzungen, nämlich ein Anspruch und eine Gefährdung desselben, geben aber noch nicht die Berechtigung, zu beanspruchen, daß durch außerordentliche Maßregeln außerhalb des ordentlichen Verfahrens, in welchem die Regelung materiell-rechtlicher Ansprüche und Rechtsverhältnisse sonst zu geschehen hat, der Anspruch gesichert oder gar verwirklicht werde, bezw. die Regelung eines Zustandes auf dem Zwangswege vorgenommen werde. Das „Recht auf Arrest oder einstweilige Verfügung" ist etwas wesentlich anderes, als der materiell-rechtliche Anspruch, dessen Sicherung durch die einstweilige Verfügung und den Arrest geschehen soll. Wach[1]) erklärt dieses Recht, gestützt auf die geschichtliche Entwicklung des Arrestes als Kautionsmittel, für einen materiellen, im Gefährdungsfalle entstehenden akzessorischen Kautionsanspruch.

Diese Konstruktion würde ebenso für einstweilige Verfügungen des § 935, die, wie nachgewiesen, mit dem Arrest wesensgleich ist, als für § 940 zutreffen, da diese einstweilige Verfügung vor allem eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedarf, weil sie sogar zur wirklichen Zwangsvollstreckung mit Befriedigung des Gläubigers dient.

Merkel bekämpft S. 25 ff. die Auffassung Wachs in der Hauptsache damit, daß der Arrest den zivilrechtlichen Kautionen insoferne nicht gleich stehe, als er nicht wie diese, Erfüllung

[1]) Wach, Arrestprozeß 1, S. 75 ff., ebenso Krit. Vierteljahresschrift Bd. 15 S. 374 ff.

eines Kautionsanspruches, sondern antizipierte Erfüllung des Hauptanspruches selber sei.

Da aber weder die einstweilige Verfügung des § 935, noch der Arrest antizipierte Zwangsvollstreckung sind (§ 9), könnte durch diese Schlußfolgerung höchstens die einstweilige Verfügung des § 940 in Einzelfällen betroffen werden; weil aber auch bei ihr diese Voraussetzung nicht immer zutrifft und keineswegs zu ihrem Wesen gehört, würde ihr das einemal ein Kautionsanspruch zugrunde liegen, das anderemal nicht.

Aber auch aus anderen Gründen ist das Recht auf Arrest und einstweilige Verfügung nicht als Erfüllung eines Kautionsanspruches anzusehen.

Die zivilrechtlichen Kautionsansprüche, das sind nach jetziger Ausdrucksweise „Ansprüche auf Sicherheitsleistung", ordnet ausschließlich das bürgerliche Recht. Das Prozeßrecht kennt kein materielles Recht auf Sicherung, welches neben dem privatrechtlichen Anspruche auf Leistung herginge (Hellmann S. 948). Diese Ansprüche auf Sicherheitsleistung können, wie jeder andere materiell-rechtliche Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht werden[1]). Wenn nun Gefahr für die Sicherheitsleistung besteht, die den Voraussetzungen der Arrestanordnung genügt, so kann zur Sicherung des Anspruches auf Sicherheitsleistung zweifellos Arrest angeordnet werden, denn dieser Anspruch ist materiell-rechtlich klagbar und vollstreckbar, erfüllt also alle Anforderungen, die zur Arrestanordnung gehören[2]).

[1]) Planck, Zivilprozeßrecht Bd. 2 S. 9: Eine gegenwärtige Rechtsverletzung liegt auch dann vor, wenn der Kläger die Sicherheitsleistung des Beklagten nicht hat, welche jetzt zu verlangen er berechtigt wäre. Wann jemand berechtigt ist, Sicherheitsleistung zu verlangen, ist eine nicht hierhergehörige Frage des bürgerlichen Rechtes. Hat aber der Kläger nach diesen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ein Recht auf Sicherheitsleistung, einen Kautionsanspruch, so hat er auch ein formelles Klagerecht.

[2]) So auch OLG., Jena, S. A. 53 Nr. 65, RGE. Bd. 26 S. 462.

Der Anspruch auf Sicherheitsleistung würde in diesem Falle also ein doppelter sein, zunächst ein materiell-rechtlicher auf Sicherheitsleistung nach BGB. Neben dem Anspruch würde aber im Gefährdungsfalle der akzessorische, die Anordnung des Arrestes rechtfertigende Kautionsanspruch entstehen. Es wäre also zugunsten eines Anspruches auf Sicherheitsleistung ein akzessorischer Anspruch auf Sicherheitsleistung für diese Sicherheitsleistung vorhanden.

Derartige Konstruktionen sind auch, abgesehen von den Gründen gegen die Annahme eines Kautionsanspruches, durchaus nicht nötig, denn die Begründung des Rechtes auf Arrest und einstweilige Verfügung findet sich in der ZPO.:

Wie das Prozeßrecht die ausschließliche Begründung für das prozessuale (publizistische) Recht, von dem Staat als dem Träger der Gerichtsbarkeit die bestimmte, zur Befriedigung des Rechtsschutzinteresses erforderliche Rechtsschutzhandlung zu verlangen, das Klagerecht[1]), gibt, so auch für diesen Anspruch auf Anordnung der Sicherheitsmittel; wenn auch die Anordnung nicht auf dem gewöhnlichen Wege geschieht, so kann doch die ZPO. einen außerordentlichen Weg zur vorläufigen Sicherung oder Erfüllung von Ansprüchen geben, besonders wenn in der Gefährdung der Ansprüche noch ein besonderer Rechtfertigungsgrund liegt. Es besteht also der Anspruch auf Arrest und einstweilige Verfügung in einem öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Rechtsschutz, oder wie Seuffert[2]) sagt, in einem prozessualen Recht auf Arrest.

§ 11. Verfahren.

Auf das Verfahren ist hier nur soweit einzugehen, als dasselbe auf das Verhältnis der einstweiligen Verfügungen zum Arrest von prinzipieller Bedeutung ist.

[1]) Hellwig Bd. II S. 148.

[2]) Vor § 916 S. 644.

Sowohl für einstweilige Verfügung wie Arrest gilt, wie erwähnt, daß das Verfahren auf Anordnung derselben ein Erkenntnisverfahren, das des Vollzuges Vollstreckungsverfahren ist.

Doch unterscheidet sich das Erkenntnisverfahren nicht dadurch vom ordentlichen Erkenntnisverfahren, daß nicht über Bestehen oder Nichtbestehen eines Privatrechtes, sondern darüber entschieden wird, ob der öffentlich-rechtliche Anspruch auf einstweilige gerichtliche Maßregel zum Schutze eines Privatrechtes, bezw. auf Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein Privatrecht begründet ist[1]). Denn auch einstweilige Verfügung und Arrest setzen ein solches Privatrecht, einen Anspruch voraus, über dessen Bestehen oder Nichtbestehen lediglich infolge der notwendigen Beschleunigung der Entscheidung nicht durch strikten Beweis entschieden wird, der aber auf dem Wege der Glaubhaftmachung, §§ 920, 936, soweit als möglich, nachgeprüft wird. Andererseits ist, wie in § 10 untersucht, der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Sicherung oder Regelung nichts anderes, als das Klagerecht im ordentlichen Verfahren; wie das Klagerecht an Voraussetzungen gebunden ist, so auch der Anspruch auf einstweilige Verfügung, nur daß bei diesem noch die besondere Voraussetzung der Glaubhaftmachung des materiellen Rechtes hinzukommen muß (§§ 920 Abs. II, 936).

Das Verfahren auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung unterscheidet sich nur insofern von dem der Arrestanordnung, als zwar bei beiden die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung, also ohne Gehör des Schuldners erfolgen kann (§§ 921, 937, Abs. II), aber bei den einstweiligen Verfügungen ein dringender Fall vorliegen muß (§ 937, Abs. II).

---

[1]) Seuffert, vor § 916 S. 645.

Diese Einschränkung findet in dem Unterschied der beiden Sicherungsmittel und in der speziellen Eigenart der einstweiligen Verfügung keine Begründung, denn die Gefährdung des Anspruches ist, da es sich um den Schutz des Streitgegenstandes selbst handelt, in der Regel viel dringender als beim Arrest, wo nur die Wertsicherung bezweckt wird. Auch sind die Wirkungen der einstweiligen Verfügung für den Schuldner im allgemeinen leichter als beim Arrest, weil kein Pfandrecht durch dieselbe begründet wird, so daß auch aus diesem Grunde keine Beschränkung des summarischen Verfahrens geboten wäre.

Mit Rücksicht auf die öftere Dringlichkeit ist deshalb auch in § 942 speziell für die einstweilige Verfügung unter Durchbrechung des in § 937 Abs. II festgelegten Grundsatzes ein besonderes Verfahren vor dem Amtsgericht, in welchem der Streitgegenstand belegen ist, vorgesehen, wonach unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht zu laden ist, eine Verfügung ohne Gehör des Gegners erlassen wird (§ 937 Abs. IV). Im übrigen ist das Verfahren der einstweiligen Verfügung und des Arrestes bis zur Anordnung der Sicherungsmaßregel in allen wesentlichen Punkten dasselbe. Die Anordnung selbst wurde bereits in § 9 behandelt, und der Grund ihrer Verschiedenheit lediglich in dem Unterschiede ihres Zweckes und Sicherungsgegenstandes gefunden. Ein Unterschied ist noch zu erwähnen: Es ist beim Arrestbefehl nach § 923 ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der Schuldner zum Antrag auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird. Dagegen kann die Aufhebung der einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung nur unter besonderen Umständen gestattet werden (§ 939). Auch dieser Unterschied

beruht auf der Verschiedenheit des Sicherungszweckes; der Arrest wird stets entbehrlich, wenn auf anderem Wege die Leistung einer bestimmten, dem Geldwert des gesicherten Anspruches entsprechenden Geldsumme garantiert wird. Der Zweck der einstweiligen Verfügung nach § 935, die Sicherung des Streitgegenstandes, läßt sich dagegen in der Regel nicht durch Hinterlegung von Geld als Schadensersatz für die ursprüngliche Leistung erreichen. Ebensowenig kann der Schutz des gläubigerischen Rechtes, den § 940 gewährt, stets in Geld umgesetzt werden.

Deshalb konnte nicht generell wie bei der Arrestanordnung ein Geldbetrag der Sicherheitsleistung, gegen welche der Arrest aufgehoben wird, bestimmt werden.

In § 927 ist ferner noch die Aufhebung des Arrestbefehls oder der Anordnung der einstweiligen Verfügung (§§ 936, 927) geregelt. Auch hier ergeben sich für die einstweiligen Verfügungen einige Modifikationen: Die Gründe für die Aufhebung beurteilen sich selbstverständlich nach den Voraussetzungen der Erlassung; die einstweilige Verfügung kann also, abgesehen von dem Erlöschen des Anspruches, worin bei Arrest und einstweiliger Verfügung kein Unterschied besteht, nur aufgehoben werden, wenn durch Veränderung der Umstände die Gefährdung des Streitgegenstandes selbst behoben ist, während beim Arrest nur eine Deckung des Wertes des Anspruches eintreten muß.

Auch das Widerspruchsverfahren nach § 934 ff. findet bei der einstweiligen Verfügung, wie beim Arrest statt, wenn sie ohne vorgängige mündliche Verhandlung erging, nur gilt hinsichtlich der nach § 925 Abs. II zu bestimmenden Sicherheit, daß sie, im Gegensatz zum Arrest, bei den einstweiligen Verfügungen unter den Gesichtspunkt des § 939 gestellt werden muß[1]).

[1]) RGE. J. W. 1891 Nr. 76.

Es ergibt sich also auch hier, daß die einstweilige Verfügung im Verhältnis zum Arrest im Erkenntnisverfahren nur insofern verschieden ist, als der verschiedenartige Versicherungsgegenstand und Versicherungszweck es bedingt, wie dies auch für den Vollzug der Sicherungsmittel (in § 10) festgestellt wurde.

§ 12. Überblick.

I. Das Gesamtresultat ergibt, daß die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO. und der Arrest vorläufige Sicherungsmittel der Zwangsvollstreckung gefährdeter Ansprüche sind, die sich nur in der Art der unter ihrem Schutze stehenden Ansprüche unterscheiden, im übrigen aber vollständig gleichartig sind, und auch in demselben Verfahren angeordnet, und soweit nicht ihr verschiedener Sicherungszweck eine Änderung bringt, mit denselben Mitteln vollzogen werden.

Mit der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO. teilen Arrest und einstweilige Verfügung nach § 935 zwar im wesentlichen das Verfahren und die Stellung im gleichen System. Im übrigen aber besteht nach der geschichtlichen Entwicklung und jetzigen Ausprägung keine Wesensgleichheit zwischen ihnen, insofern als die einstweilige Verfügung § 940 nicht bloß wie Arrest und einstweilige Verfügung nach § 935 ein Sicherungsmittel der gefährdeten Zwangsvollstreckung bietet, sondern eine andere Aufgabe als diese, nämlich die Regelung eines einstweiligen Zustandes, allerdings im Zusammenhang mit einem materiell-rechtlichen Anspruch, aber nicht unbedingt in Beziehung auf diesen, erfüllt, wobei auch ihre Maßregeln über den Sicherungszweck hinausgehen und zu einer wirklichen Zwangsvollstreckung mit Befriedigung des Gläubigers werden können.

II. Wenn man angesichts der lex lata rechtspolitische Erörterungen anstellen will, so kann den Ausführungen Wachs[1])

[1]) Kritische Vierteljahresschrift Bd. 15 S. 372 ff.

gelegentlich der Kritik des revidierten Entwurfs der ZPO., daß von einer Unterscheidung zwischen Arrest und einstweiliger Verfügung abzusehen wäre, soweit es sich um die Sicherung eines gefährdeten Vermögensrechtes handelt, nach dem obigen Ergebnis wohl in gewisser Hinsicht beigetreten werden, denn es bestehen für die einstweiligen Verfügungen keine „qualitativen Eigentümlichkeiten", wenn auch nicht, wie Wach sagt, die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 728 (819) und 746 (935) dieselben sind, und demgemäß die prozessuale Verhandlung die gleiche ist Wegen des besprochenen Unterschiedes in den Voraussetzungen, in dem keine Wesensverschiedenheit liegt, wäre es nicht nötig gewesen, einen völligen Unterschied in der Bezeichnung zu machen, und es hätte eine wesentliche Vereinfachung bedeutet, wenn statt zweier anscheinend verschiedener Einrichtungen nur ein Arrest zur Sicherung von Geldforderungen und des Geldwertes von Ansprüchen und ein solcher zur Sicherung von Ansprüchen, die nicht auf Geldleistungen gehen, in die ZPO. aufgenommen worden wären, wobei dasselbe Ziel, die Sicherung des Wertes eines Anspruchs oder des Anspruchs selbst, ebenso hätte erreicht werden können. Dabei wäre auch der von § 916 verschiedene Wortlaut des § 935, der nur die Verschiedenheit des Sicherungsgegenstandes ausdrücken soll, durch direkte Gegenüberstellung mit dem Arrest zur Sicherung von Geldforderungen zu vereinfachen gewesen.

Andererseits wäre es zweckmäßig, die einstweilige Verfügung nach § 940 dem Systeme nach vom Arrest und der einstweiligen Verfügungen nach § 935 zu trennen und ihr eine andere Bezeichnung, als der einstweiligen Verfügung nach § 935 zu geben, weil sie vollständig anderen Ursprungs und Inhalts ist, als die einstweilige Verfügung § 935, mit der sie durch den gleichen Namen verbunden, und zu der sie durch den Wortlaut des § 940: einstweilige Verfügungen sind „auch"

zum Zweck . . . zulässig, in ein Abhängigkeitsverhältnis gebracht ist.

Jedoch hat sich die in der Vergangenheit bestandene Verwirrung bezüglich des Arrests und der einstweiligen Verfügungen, die ihren Grund in den erwähnten Mißständen hatte, durch Literatur und Rechtsprechung so geklärt, daß von einem dringenden Bedürfnis einer Abänderung nicht mehr gesprochen werden kann.